طبع هذا الكتاب على نفقة خادم الحرمين الشريفين
الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود
ملك المملكة العربية السعودية
أجزل الله مثوبته



عِقد الجواهر الثمينة
في
مذهب عالم المدينة

تأليف جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس
المتوفى سنة ٦١٦هـ

تحقيق

د/ محمد أبو الأجفان | أ/ عبد الحفيظ منصور

بإشراف ومراجعة

الشيخ د/ محمد الحبيب ابن الخوجة
الأمين العام للمجمع

الشيخ د/ بكر بن عبد الله أبو زيد
رئيس مجلس المجمع

الجزء الثاني



دار الغرب الإسلامي

الطَّبعَة الأولى
١٤١٥هـ - ١٩٩٥م

عِقد الجواهر الثمينة

في

مذهب عالم المدينة

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

والنظر فيه تحصره خمسة أقسام:

الأول: في المقدمات.

والثاني: في مصححات العقد من الأركان والشرائط.

والثالث: في موانع العقد من الكفر، والرق، والنسب، والمصاهرة وغيره.

والرابع: في الأسباب المثبتة للخيار فيه.

والخامس: في لواحق الكتاب وتوابعه.

ويشتمل على فصول متفرقة شذت عن هذه الأقسام.

القسم الأول: في المقدمات

وهي ثلاث:

المقدمة الأولى: خصائص رسول الله ﷺ. قال القاضي أبو بكر[1]: وقد خُصّ رسول الله ﷺ بأحكام لم يشركه فيها أحد في باب الفرض والتحريم والتحليل، منها متفق عليه، ومنها مختلف فيه.

---

(1) أحكام القرآن: ٣/ ١٥٤٩ - عند تفسير قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ ﴾ الآية. الأحزاب: ٥٠.

فخص من الواجبات بتسع: الضحى والأضحى، والتهجد، والوتر، قال: وهو يدخل في قسم التهجد، والسواك، وتخيير نسائه بين اختيار زينة الدنيا أو اختياره، وقضاء دين من مات معسراً، ومشاورة ذوي الأحلام في غير الشرائع، وأنه إذا عمل عملاً أثبته.

ومن المحرمات بعشر، فحرم عليه وعلى آله الزكاة، وحرم عليه أيضاً صدقة التطوع، وفي آله تفصيل باختلاف، وأكل الثوم وغيره من الأطعمة الكريهة الرائحة، والأكل متكئاً، والتبدل بأزواجه، وإمساك من كرهت نكاحه، ونكاح الكتابية، ونكاح الأمة، وخائنة الأعين، وهي أن يظهر بخلاف ما يضمر، أو ينخدع عما يجب، وحرم عليه إذا لبس لأمته أن يخلعها، أو يحكم بينه وبين محاربه.

ومن التخفيفات والمباحات: [التحليلات][1] بإباحة الوصال في الصوم، ودخول مكة بغير إحرام، وفي حقنا فيه اختلاف، والقتال فيها، وأنه لا يورث. قال القاضي أبو بكر: وإنما ذكرته في قسم التحليل[2] لأن الرجل إذا قارب الموت بالمرض زال عنه أكثر ماله، ولم يبق له إلا الثلث، وبقي ملك رسول الله ﷺ بعد موته. والاستبداد بخمس الخمس، أو الخمس، والزيادة على أربع نسوة، وينعقد نكاحه بلفظ الهبة منها، وبغير المهر. وإذا وقع بصره على امرأة ورغب فيها، وجب على الزوج طلاقها لينكحها، قال: هكذا قال إمام الحرمين[3] وقد بينا

---

(١) التحليلات: ساقطة من الأصل، ومن م، والإكمال من هامش س.

(٢) م: التحليات.

(٣) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني. نسبة إلى جوين من قرى نيسابور. الشافعي الأشعري، ضياء الدين أبو المعالي.

فقيه أصولي متكلم مفسر، من تآليفه: نهاية المطلب في دراية المذهب، والشامل في أصول الدين، والبرهان في أصول الفقه. والإرشاد في أصول الاعتقاد، وتفسير القرآن. ولد سنة ٤١٩ وتوفي سنة ٤٧٨ ودفن بنيسابور. (طبقات الشافعية للسبكي: ٣/ ٢٤٩- كحالة: ٦/ ١٨٤).

الأمر في قصة زيد بن حارثة كيف وقع. وفي انعقاد نكاحه بغير وليّ وبغير صداق، وفي حالة الإحرام. وأعتق صفية[1] وجعل عتقها صداقها[2] وفيه اختلاف. ولم يجب عليه القسم في زوجاته، ونساؤه بعد وفاته محرمات على غيره، لأنهن أمهات المؤمنين، وفي بقاء نكاحه عليهن أو انقطاعه خلاف. قال القاضي أبو بكر: وببقاء الزوجية أقول، ثم على القول بانقطاعها في وجوب العدة ونفيها خلاف أيضاً، منشؤه النظر إلى كونهن زوجات توفي عنهن زوجهن، وهي عبادة، أو النظر إلى أنها مدة تربص لا تنتظر بها الإباحة.

واختلف أيضاً في مطلقته، هل تبقى حرمته عليها، فلا تنكح؟.

المقدمة الثانية: النكاح مندوب إليه لمن تاقت إليه نفسه، إذا كان مستطيعاً. قال الشيخ أبو محمد: / وفي الواضحة وغيرها روي أن [١٢٠/ ب] النبي ﷺ قال: «عليكم بالباءة فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج»[3]. وحضّ على نكاح الأبكار[4] ورغب في نكاح الولود[5].

(١) صفية بنت حيي بن أخطب بن سعية بن ثعلبة من بني إسرائيل من سبط هارون بن عمران عليه السلام. كان أبوها سيد بني النضير، فقتل مع بني قريظة. كانت حليمة عاقلة فاضلة. توفيت في رمضان سنة ٥٠ ودفنت بالبقيع. (عيون الأثر: ٢/ ٣٨٥).

(٢) ذكر ذلك ابن سيد الناس وقال: بعض العلماء يعدّ ذلك من خصائصه ﷺ. (المصدر نفسه: ٢/ ٣٨٦).

(٣) عن عبد الرحمن بن يزيد، قال: دخلت مع علقمة والأسود على عبد الله، فقال عبد الله: كنا مع النبي ﷺ شباباً لا نجد شيئاً، فقال لنا رسول الله ﷺ: يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء. (البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم).

(٤) عن جابر بن عبد الله: قال لي رسول الله ﷺ: «هلا جارية تلاعبها وتلاعبك». (البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب تزويج الثيبات). انظر (فتح الباري: ٩/ ١٢١).

(٥) قال رسول الله ﷺ: «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» أخرجه أبو داود: سنن النكاح (باب ٤: ٢/ ٥٤٢)، والنسائي في النكاح: باب كراهية =

قال القاضي أبو بكر: ولينظر إلى المخطوبة قبل العقد، ففي الحديث: أن المغيرة خطب امرأة، فقال له النبي ﷺ: «انظر إليها فإنه أحرى أن يودم بينكما»[1] ولا ينظر إلا إلى وجهها وكفيها.

ويحتاج إلى إذنها في رواية ابن القاسم، وكره فيها أن يستغفلها.

وروى محمد بن يحيى في المدنيّة: لا بأس أن ينظر إليها وعليها ثيابها.

قال القاضي أبو الوليد: يحتمل أن يريد أن ينظر إليها مغتفلاً لها إذا علم أن عليها ثيابها، ويحتمل أن يريد أن ينظر إليها بعد إعلامها.

والنكاح والملك فيمن يبيح وطئها يبيحان النظر إلى الفرج من الجانبين.

وقيل: يكره النظر إلى الفرج من ناحية الطب، إذ قيل: إنه يضعف البصر.

ويباح النظر إلى وجه المرأة لتَحمّل الشهادة. ويباح أيضاً إلى الفرج لتحمل شهادة الزنا في ظاهر المذهب.

المقدمة الثالثة: الخطبة مستحبة، والتصريح بخطبة المعتدة حرام، والتعريض جائز، وهو القول المفهم لمقصود الشيء وليس بنص فيه، مأخوذ من عرض الشيء وهو ناحيته كأنه يحوم على النكاح ولا يُسِفُّ عليه، ويمشي حوله ولا ينزل به. والتصريح هو التنصيص عليه، والإفصاح بذكره.

قال القاضي أبو بكر: والذي مال إليه مالك في التعريض أن

= تزويج العقيم (٦٥/٦) عن معقل بن يسار. وأخرجه ابن حبان: (موارد الظمآن: حديث ١٢٢٨)، وأحمد: المسند: (١٥٨/٣ ـ ٢٤٥) وسعيد بن منصور في سننه حديث: (٤٩٠). والبيهقي: السنن الكبرى (٨١/٧ ـ ٨٢) عن أنس.

(١) ذكر ابن حجر أن الترمذي والنسائي أخرجا من حديث المغيرة أنه (خطب امرأة فقال له النبي ﷺ: انظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما) وصححه ابن حبان (فتح الباري: ٩/ ١٨١). ومعنى يؤدم بينكما: تكون بينكما المحبة والاتفاق (النهاية: ١/ ٣٢).

يقول: إني بك لمعجب، ولك محب، وفيك لراغب، قال: وهذا عندي أقوى للتعريض، وأقرب إلى التصريح.

قال: والذي أراه أن يقول لها: إن الله سبحانه سائق إليك خيراً، وأبشري، وأنت نافقة. فإن قال لها أكثر من ذلك فهو أقرب إلى التصريح.

وتحرم الخطبة على خطبة الغير بعد الإجابة. والتراكن كالإجابة.

ثم هل يقف التحريم على تقرير الصداق، أو يحصل بمجرد التراكن والتقارب في الرضى وإن لم يتفقا على صداق؟ قولان: الأول لابن نافع. والثاني رواه ابن حبيب عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون.

قال القاضي أبو بكر: والأول أصح، لأن السكوت عن الصداق نادر وهو أصل الاتفاق، فما لم يذكر فليس بركون مُقاربة، ثم قال: قال علماؤنا: هذا إذا كانا شكلين، فإن لم يكن الزوجان متشاكلين جاز للمشاكل أن يدخل عليه، قال: وهذا مما لا ينبغي أن يكون فيه خلاف.

وقال ابن القاسم في العتبية: لا أرى على من دخل في مثل هذا شيئاً، ولا أرى الحديث إلا في الرجلين المتقاربين، وأما فاسق وصالح فلا.

فرعان:

الأول: لو اقتحم النهي وخطب أثم، وأُدّب، فإن عقد لم يفسخ عقده، قاله ابن القاسم وعبد الملك. وروى ابن مزين عن ابن نافع: يفسخ قبل الدخول. وروى عنه ابن حبيب: أنه يفسخ بكل حال.

قال القاضي أبو بكر: والصحيح عدم الفسخ.

وقال القاضي أبو محمد: الظاهر من المذهب الفسخ.

الفرع الثاني، وهو مرتب: إذا قلنا: لا ينفسخ، فقد روى العتبي

[١٢١/ أ] عن عيسى عن ابن وهب: / أنه قال: يستحب لهذا العاقد أن يتوب من فعله ويعرضها على الخاطب أوّلاً، فإن حلله رجوت له في ذلك مخرجاً، فإن أبى فليفارقها، فإن نكحها الأول، وإلا فلهذا أن يأتنف معها نكاحاً. قال عيسى قال ابن القاسم: إن لم يحلله فليستغفر الله تعالى، ولا شيء عليه.

ويجوز الصدق في ذكر مساوي الخاطب ليُحذَر.

وتستحب الخُطبة، بضم الخاء، عند الخِطبة بالكسر، وعند العقد.

القسم الثاني من الكتاب في الأركان

وهي أربعة: الصيغة، والمحل، والصداق، والعاقد.

الركن الأول: الصيغة، وهي كل لفظ يقتضي التمليك على التأبيد في حال الحياة كالإنكاح، والتزويج، والتمليك، والبيع، والهبة، وما في معناها.

قال القاضي أبو الحسن: ولفظ الصدقة أيضاً.

وقال الأستاذ أبو بكر في لفظ الإباحة: قال أصحابنا: إن قصد به[1] النكاح صح، وتضمن المهر.

ويكفي أن يقول الزوج: قبلتُ. إذا تقدم من الوليّ الإيجاب؛ ولا يشترط أن يقول: قبلت نكاحها.

وينعقد النكاح بالاستيجاب والإيجاب، فلو قال لأب البكر، أو لأب الثيب، وقد أذنت له أن يزوجها: زوّجني فلانة، قال: قد فعلت، أو قال: زوّجتُك، فقال الخاطب: لا أرضى فقد لزمه النكاح.

ولو قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، وبُضْعُ كل واحدة صداق الأخرى، لم يصح، لأنه الشغار المنهي عنه، لأنه اشتراك في البضع.

ولو قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ولم يجعلا بضع

(١) م: قصدوا بها. وفي س: بها.

كل واحدة صداقاً للأخرى، فسخ بعد البناء على المشهور من المذهب، وقبله بلا خلاف فيه.

ولو سمّي لكل واحدة منهما صداق، فلا يفسخ بعد البناء، ويفسخ قبله، وقيل: لا يفسخ.

ولا يجوز تأقيت النكاح، وهو المتعة.

الركن الثاني: المحلّ وهو المرأة الخليّة عن الموانع التي تقتضي تحريمها. والتحريم ضربان: مؤبد، وغير مؤبد.

فالمؤبد يرجع إلى عين المرأة، فلا تحل بوجه، وذلك بوجهين:

أحدهما أصليّ، والآخر بمعنى طارىء على العين يحظرها بعد إباحتها. وجملته خمسة أشياء: نسب، ورضاع، وصهر، ولعان، ووطء في العدة على خلاف وتفصيل في هذا القسم يذكر عند بسط الكلام على هذه الموانع.

فالأصل هو النسب، والفرع ما عددناه معه، فهذا قسم التحريم المتأبد.

وأما التحريم غير المتأبد، فهو الذي يكون لعارض يزول بزواله، وذلك بأن تكون المرأة ذات زوج، أو في عدة من زوجٍ، رجعية كانت أو بائنة، أو تكون مستبرأة من غير الناكح، أو حاملاً حملاً لا يلحق به، كان لاحقاً بالواطىء أو غير لاحق، أو تكون مرتدة أو كافرة غير كتابية، أو تكون أمة كافرة أو تكون أمته، أو أمة ولده، أو تكون سيدته، أو أمّ سيّده، أو تكون في حال إحرامٍ، أو تكون المرأة أمةً مسلمة والناكح حرّ يجد الطَّوْل أوْ لا يخشى العنت، أو يكون عند الزوج من / ذوات محارم المرأة [١٢١/ ب] من لا يجوز الجمع بينه وبينها، أو يكون جامعاً بين أربع، أو تكون مريضة مرضاً يحجّر عليها فيه ويشتد الخوف عليها، أو تكون قد ركنت

إلى غيره وتمهّد الأمر بينه وبينها ولم يبق إلا العقد أو شبيه به، أو تكون يتيمة غير بالغ على أظهر الروايات وأصحها.

الركن الثالث: الصداق، وهو مستحق في عقد النكاح، لا يجوز التراضي على إسقاطه، ولا النكاح المشترط فيه سقوطه. نعم، لا يلزم التنصيص عليه في العقد، بل يستوي كونه مذكوراً فيه أو مسكوتاً عنه غير منفي في صحة العقد، وسيأتي تفصيل القول في أحكامه مستقصىً في كتابه إن شاء الله.

الركن الرابع: العاقد، وهو الزوج والوليّ، إذ لا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها، بكراً كانت أو ثيباً، شريفة أو دنيئة، رشيدة أو سفيهة، حرة أو أمة، أذن لها وليّها، أو لم يأذن، لا يجوز ذلك بوجه.

قال القاضي أبو محمد: ولا خلاف من قول أصحابنا أنها لا تكون ولية في عقد نكاح على امرأة.

قال: وروي عن ابن القاسم في العتبية: أنها تلي العقد على عبدها، أو من هي وصية عليه من أصاغر الذكور دون الإناث. قال: ووجه التفرقة بينهما من ثلاثة أوجه:

أحدها: ما ذكره ابن القاسم وهو أن الصبي من أهل العقد على نفسه بعد البلوغ، وكذلك العبد بعد العتق أو الإذن، بخلاف الأنثى.

والثاني: أن الصبي قادر على رفع العقد إن كرهه بخلاف الأنثى.

والثالث: أنه لا ولاية عليه في طلب الكفاءة، وليس كذلك الأنثى، وتجوز مباشرة المرأة للعقد على من يعقد على نفسه بوكالته لها في ذلك.

فروع: يجب للمدخول بها في النكاح بلا وليّ مهرها المسمّى،

ولا حدَّ في الدخول للشبهة، ويفسخ النكاح بعد العقد وبعد[1] الدخول. وبعد الطُّوْل والولادة.

قال القاضي أبو بكر: ويصلح أن يركّب عليه تكرير البطلان في الحديث[2]. وهل يفسخ بطلاق أو بغير طلاق، روايتان لابن القاسم وابن نافع.

هذا تمام الأركان. وليس الإشهاد بركن في العقد ولا شرط فيه، نعم هو شرط في كمال العقد وجواز الدخول، والمقصود إعلان النكاح وإشهاره ليتميز من السر الذي هو الزنا. وإنما شرع الإشهاد لرفع الخلاف المتوقع بين الزوجين، وإثبات حقوقهما، فكانت كسائر الحقوق، لا تشترط الشهادة فيها شرعاً، وعلى هذا جرت أنكحة الصحابة رضي الله عنهم، ما كانت قط بشهادة وإنما كانوا يعلنون لأَمْنِهم التدارؤ بينهم. بل نقول: لو أشهد المتناكحان وتواصَوا بالكتمان لفسخ العقد، وكان نكاح السر المنهي عنه في القول المشهور. وقيل: نكاح السر مَا لم يشهد فيه.

وفي بيان أحكام الولاية بابان: في الوليّ، والمولى عليه.

---

(١) في الأصل: قبل.

(٢) يشير إلى الحديث الذي رواه في كتاب النكاح كل من أبي داود والترمذي والدارمي. وهو حديث عائشة رضي الله عنها. ونصه من الترمذي: حدثنا ابن أبي عمر... عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل...» الحديث. وللترمذي تعليق مطوّل على الحديثين اللذين رواهما في هذا الباب ـ باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ـ ختمه بقوله: «والعمل في هذا الباب على حديث النبي ﷺ» «لا نكاح إلا بولي» عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر....». الترمذي: كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ٣/٤٠٧ ـ ٤١١.

وعمل عمر هو البلاغ الذي رواه مالك في الموطأ وهو قوله: «لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان» الموطأ: كتاب النكاح: باب استئذان البكر والأيّم في أنفسهما، الموطأ، ٢/٥٢٥ رقم ٥.

الباب الأوّل

في الوليّ

وفيه فصول:

الفصل الأول

في أسباب الولاية

والولاية قسمان: خاصة وعامة. فأما الخاصة، فأسبابها خمسة:

الأول: الأبوة، وتفيد ولاية / الإجبار، وهي معلولة بعلتين: الصغر [١٢٢ / أ] والبكارة، فيجبر الأب الصغيرة وإن كانت ثيباً، والبكر وإن كانت بالغاً، لوجود إحدى العلتين، ولا يجبر الثيب البالغ لعدمهما. فإن عنستْ[١] البكر اختلف في دوام[٢] الإجبار عليها وانقطاعه عنها على روايتين لمحمد وابن وهب.

والعانس هي التي طال مكثها في منزل أهلها بعد إدراكها ولم تتزوج، وبرز وجهها، وباشرت الأمور بنفسها، وعرفت مصالحها. وقد اختلف في مقدار سنها، ففي رواية ابن وهب في المدنيّة: الثلاثون، والخمس والثلاثون. وفي رواية عيسى عن ابن القاسم: الأربعون والخمس والأربعون.

---

(١) عنست المرأة عنوساً: كبرت في بيت أبويها (اللسان: عنس). (٢) س: جواز.

ثم حيث أجبرنا البكر البالغ، فيستحب استئذانها.

والمعتبر في الثيوبة المانعة من الإجبار الوطء الحلال دون الحرام.

وقيل: هما في ذلك سيان، ولا أثر لزوال الجلدة بالسقطة ونحوها.

فـــرع:

لو تزوجت البكر وأُدخلت على الزوج، ثم فارقها قبل أن يمسّها، لم يكن لأبيها أن يجبرها بعد ذلك إن طالت إقامتها مع الزوج وشهدت مشاهد النساء، لأنها تخبُر بذلك مواضع حظوظها وتعرف مصالحها، فيقوم ذلك مقام الثيوبة.

واختلف في تحديد هذا الطول المذكور، فقيل بتحديده بالسنة ونحوها. وقيل بنفي التحديد بزمن معين، وردِّه إلى ما يشهد العرف بكونه طولاً. وإن كان أمراً قريباً فلا يمنعه من إجبارها. وحكي عن ابن عبد الحكم أنه قال: يزوجها بغير رضاها وإن طالت إقامتها ما لم تُمسّ.

ولو التمست البكر الكبيرة البالغ التزويج وجبت الإجابة، وإن كانت مجبرة، فإن عَضَل[1] الوليّ زوّج السلطان. ويصير الوليّ عاضلاً إذا عينت كُفْؤاً فردّه، إلا الأب في ابنته البكر فإنه لا يكون بردّ أول خاطب أو خاطبين عاضلاً.

والكفء الذي عينت المالكة لأمرها أولى ممن عينه الوليّ.

السبب الثاني: خلافة الأبوة.

فإذا فوض الأب الولاية في إنكاح ابنته إلى الوصي تثبتُ له الولاية وكان أحق من الوليّ.

قال في الكتاب[2]: لا نكاح للأولياء مع الوصي. والوصي ووصي الوصي أولى من الأولياء.

---

(١) العضل: منع التزويج (المصباح: عضل).

(٢) المدونة: ٢/ ١٦١. كتاب النكاح، باب في تزويج الوصي، ووصي الوصي.

ولو رضيت الجارية، والأولياء، والوصي ينكر فلا نكاح لها، ولا لهم إلا بالوصيّ، فإن اختلفوا في ذلك نظر السلطان فيما بينهم.

وأما الثيب فلو زوّجها الأولياء برضاها جاز، وإن أنكر الوصيّ.

وكذلك إن أنكحها الوصيّ بإذنها جاز وإن أنكر الأولياء.

قال القاضي أبو محمد: الوصي في البكر أولى من سائر الأولياء بإذنها، وهو في الثيب واحد منهم.

وقال ابن حبيب: إن قال له: زوّج ابنتي من فلان، أو ممن ترضى. نزلَ في ذلك منزلتَهُ، وكان له أن يزوجها قبل بلوغها أو بعد بلوغها بغير أمرها، قال: وإنَّما يكون أحق بتزويجها من الأولياء بعد بلوغها ومؤامرتها[1] إذا قال: فلان وصيّي فقط، أو قال: فلان وصيّي على بضع بناتي، قال: وسواء كانت بناته أبكاراً أو ثيّباً.

وقال ابن الماجشون في مختصر / ما ليس في المختصر [١٢٢/ ب] ومحمد بن عبد الحكم: لا تزويج لوصيّ إلا أن يكون وليّاً.

وقال سحنون في السليمانية: قال غير ابن القاسم من أصحابنا: الأولياء أولى بالعقد من الوصي.

قال أبو الحسن اللخمي: وهذا القول أحسن، لأن الوصي أجنبي، وإنما هو وكيل على المال.

السبب الثالث:

العصوبة: كالبنوة، والأخوة، والجدودة، والعمومة، ولا يفيد إلا تزويج العاقلة البالغة برضاها الصريح إن كانت ثيباً، وبسكوتها إن كانت بكراً.

واستحب مالك في رواية ابن الماجشون، أن تُعلَم البكر أنّ إذنها صُماتها، لئلا تجهل ذلك فتصمت في الكراهة. قال الشيخ أبو الحسن:

---

(١) مؤامرتها: مشاورتها، ومنه: آمروا النساء في أنفسهن: أي شاوروهن في تزويجهن. (النهاية: ١/ ٦٦).

يقال لها ذلك ثلاث مرات: إن رضيت فاصمتي، وإن كرهت فانطقي.
قال القاضي أبو محمد: وليس ذلك شرطاً في صحة الإذن. وحكي عن عبد الملك بن الماجشون أنه قال: وإن لم يفعل الوليّ ذلك مضى الأمر على ظاهره، وجاز النكاح.

فـرعـان:

الأول: إذا تقدم العقد على الإذن ففي صحة النكاح وبطلانه ثلاثة أقوال، يفرّق في الثالث، فيصحّح إذا تعقّبه على قرب، ويبطل إذا تراخى.

وقال القاضي أبو محمد: الصحيح أنه لا يجوز وإن تعقبته الإجازة.

الفـرع الثانـي: البلوغ المعتبر في التزويج هو الحيض.

قال ابن حبيب: أو بلوغ ثماني عشرة سنة.

واختلف في الإنبات. ثم إن زوجت به، فقال ابن حبيب: يفسخ قبل البناء وبعده، وقال محمد: لا يفسخ إذا أنبتت.

السـبب الرابـع: الولاء، فالمولى الأعلى كالعصابات عند عدمها، فيعقد المُعتِق، وتستخلف المُعتِقة من يعقد.

ولا ولاية للأسفل. قال الشيخ أبو عمر: وقيل: إن له مدخلاً في الولاية ثم قال: وليس بشيء.

السـبب الخامـس: التولية، وإنما يزوج السلطان البالغة عند عدم الوليّ أو عضله أو غيبته، وليس له أن يزوج الصغيرة، ولا يزوّجها غير الأب من سائر الأولياء، فإذا كانت يتيمـة فلا تزوّج أصلاً حتى تبلغ.

وروي: أنّ لسائر الأولياء تزويجها، ولها الخيار إذا بلغت.

وروي: إن دعتها ضرورة، ومسّتها حاجة وكان مثلها يوطأ، ولها في النكاح مصلحة جاز تزويجها.

قال الأستاذ أبو بكر: والأول هو المذهب الصحيح.

وقال القاضي أبو محمد: أظهر الروايات وأصحها والمعمول بها

والذي به نفتي أنه لا يزوّجها غير الأب على أيّ وجه كان حتى تبلغ. قال: وإلى ذلك رجع مالك. ذكره محمد بن عبد الحكم.

وقال الشيخ أبو الطاهر: وأما لو كانت ممن يُخاف عليها الفساد، فلم يختلف أحد من المتأخرين أنها تزوج، وإن كان إطلاق الروايات يقتضي منع التزويج.

وإذا فرعنا على الرواية الصحيحة فزوّجت، فروي: يفسخ النكاح ولا يُقرَّان عليه وإن بلغت، ما لم يدخل بها، وهذا مقتضى القول بالمنع من التزويج. وقيل: ينظر فيه الحاكم، فإن رآه صواباً أمضاه، وإلا فسخه. وقيل: الخيار لها، فإن رضيت مضى، وإلا فسخ. قال: وإنما يكون ذلك بعد بلوغها.

هذا حكم الولاية الخاصة.

/ فأما العامة، فسببها الدين، والأصل في ثبوتها قوله تعالى: [١٢٣/ أ] ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾[١]، ولا يُقْدَمُ على العقد بها مع الخاصة، فإن أُقْدِمَ عليها بها معها: فإن كانت الخاصة ولاية إجبار، كالأب والسيد، فسخ النكاح على كل حال، وليس للأب ولا للسيد إجازته. وحكى القاضي أبو محمد: إن في إجازة السيد روايتين وإن كانت الولاية الخاصة ليست بولاية إجبار، كالأب في الثيب، وسائر العصبة في البكر والثيب، فقال ابن القاسم في الكتاب[٢]: «إن أجازه الوليّ قبل البناء أو بعده جاز، وإن ردّه قبل البناء أو بعده ردّ، ما لم يطْل وكان صواباً».

وقد توقف مالك في الجواب عنه إذا أجازه الوليّ بالقرب.

وقال ابن نافع وعلي بن زياد: لا يجوز وإن أجازه الوليّ.

وقال القاضي أبو محمد: إن زوجها الأجنبي مع القدرة على وليّ بالنسب أو بالحكم، ففيها روايتان:

(١) التوبة: ٧١. (٢) المدونة: ٢/ ١٦١. كتاب النكاح الأول، في إنكاح الأولياء.

إحداهما: أن ذلك غير جائز.

والثانية: أنه ماض إذا تزوجت كفؤاً.

فـرعـــان:

الأول: إذا قلنا: لا يجوز ذلك في ذات الحال فهل يجـوز في الدنيّة؟.

قال القاضي أبو محمد: في ذلك روايتان، إلا أن الأظهـر أن النكاح جائز، فإن لم تكن ولاية خاصة سوى ولاية الحكم، ففي الموازية من رواية أشهب في الدنيّة تولي رجلاً ينكحها نهى عن ذلك، وقال: إذا عمل بهذا ضاعت الفروج.

وروى ابن وهب في المرأة لا ولي لها وتكون في البادية يجوز لها ذلك إذا لم تضع نفسها في دناءة، وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها إلى السلطان.

وروى ابن القاسم في الواضحة في الدنيّة في الحال والموضع، لا وليّ لها بقرابة ولا ولاء، يزوجها أجنبي دون الإمام.

وأنكر ابن الماجشون رواية ابن القاسم وقال: إنمـا قال مـالك وعلماؤنا في مثل الأعجمية الوغدة تستند إلى الرجل ذي الحال فيصير لها كنفاً[1] ومستنداً، ويأخذ لها القسم ويجري عليها النفقة ويلي منها ما يلي من مولاته، فلا بأس أن يعقد عليها بإذنها إذا لم يكن لها وليّ، فأما ذات النعمة والحال والنسب والمال فلا.

الفـر ع الثانـي: إذا قلنا بالمنع من التزويج بالولاية العامة مع وجود الولاية الخاصة والفسخ إن وقع، فزوجها أجنبي وأولياؤها غيّب، فقد قال ابن القاسم في الموازية: للوليّ والسلطان فَسْـخُ ذلك. وكتب مالك إلى

---

(١) كذا في س، وفي م، وأصلحت بالهامش كهفاً.

ابن غانم[1] إذا زوجها الأجنبي، وأولياؤها غيّب، فرفع إلى السلطان فلا ينظر فيه إلا أن يقدم الوليّ فيطلب الفسخ فيفسخ إلا فيما يطول مع الولادة.

وأما التي لا خطب لها وليست من العرب فلا يفسخ وإن قرب.

ثم حيث قلنا بالفسخ، فإن كان قبل الدخول فلا عقوبة عليهما إذا كان النكاح مشهوراً، إذا لم يوجد منهما سوى العقد بالقول، وإن بنى بها عوقبا جميعاً، ومن تولى العقد، ومن علم من الشهود. والفسخ تطليقة[2] بائنة.

الفصل الثاني
في ترتيب الأولياء

والأصل: القرابة، وحكم الوصية داخل فيها، ثم الولاء، ثم التولية، والمقدم من الأقارب الابن، ثم ابنه وإن سفل، ثم الأب، وروي: الأب ثم الابن، ثم بعدهما / الأخ، ثم ابنه وإن سفل، ثم [١٢٣/ ب] الجد. وقال المغيرة: الجد وأبوه أولى من الأخ وابنه، ثم العم، ثم ابنه على ترتيبهم في عصوبة الإرث.

وهل يقدم الأخ من الأب والأم على الأخ من الأب كما في الميراث أم يستويان؟ روايتان: والأولى لمالك وابن القاسم عند ابن حبيب، والثانية في الكتاب[3] من رواية علي بن زياد. وكذلك يجري الخلاف في أبنائهما، وفي العمين وأبنائهما.

---

(١) عبد الله بن عمر بن غانم من أصحابِ الإمام مالك الإفريقيين تولى قضاء إفريقية، ورحل إلى مالك فسمع منه، توفي بالقيروان بعد مالك بنحو سنتين. (طبقات الفقهاء للشيرازي: ١٥١).

(٢) في س: بطلقة.

(٣) المدونة: ٢/ ١٦٩- ١٧٠. كتاب النكاح الأول، في المرأة توكل وليين، فينكحانها من رجلين. =

وأمّا المعتق إذا مات فعصباته، ثم معتقه، ثم عصبات معتقه، وترتيب عصبات المعتق كعصبات القرابة، وابن المعتق مقدَّم على أبيه.

فــرع:

إذا أنكح الأَبْعد مع وجود الأقعد[1] نفذ.

وقال سحنون: قال بعض الرواة: ينظر السلطان في ذلك.

وقال آخرون: للأقرب أن يجيز أو يردّ إلا أن يتطاول الأمر، وتلد الأولاد.

وقال ابن حبيب: للأقرب أن يفسخه أو يمضيه، ما لم يبْن بها ويطلع على عورتها.

وسبب الخلاف: النظر إلى تقدمة الأقـرب، هل هي من بـاب الأولى، أو ذلك حق له كالقيام بالدم؟

قال أبو الحسن اللخمي: ولم يختلفوا أن النكاح صحيح لا يتعلق به فساد، وإنما الاختلاف في أنه هل يتعلق به حق آدمي أم لا؟.

ثم قال: فإن كانت المرأة لا قدر لها، مضى إنكاح الأبعد بنفس العقد قولاً واحداً.

= ونصها: (قال علي بـن زياد، قال مالك في الأخ يزوج أخته لأبيه وثم أخوها لأبيها وأمها: أن إنكاحه جائز إلا أن يكون أبوها أوصى بها إلى أخيها لأبيها وأمها فإن كان كذلك فلا نكاح لها إلا برضاه، وإنما الذي لا ينبغي لبعض الأولياء أن ينكح وثم من هو أولى منه إذا لم يكونوا إخوة. . .).

(١) الأقعد: هو الأقرب إلى الجد الأكبر.

قال ابن الأعرابي: فلان أَقْعَد من فلان: أي أقل آباء. ويقال: رجل قُعْدُد، وقُعْدَد: قريب من الجد الأكبر. والميراث القعدد: هو أقرب القرابة إلى الميت. (اللسان: قعد).

الفصل الثالث

في سوالب الولاية

وهي ستة:

الأول: الرق، فلا ولاية لرقيق، وله عبارة في القبول لنفسه ولغيره بالوكالة بإذن السيد وبغير إذنه.

الثاني: ما يقدح في النظر، كالصبا والجنون والعته الموجب للحجر، فجميع ذلك ينقل الولاية إلى الأبعد.

واختلف في السفه، فقال ابن حبيب[1]: ينقل الولاية إلى وليّ السفيه ويستحب حضوره، ولا تضر غيبته.

وفي الموازية عن ابن القاسم: لا ينقلها، بل يعقد على ابنته بإذن وليّه.

وقال أشهب: يعقد إذا كان ذا رأي إذا لم يُوَلَّ عليه وإنْ كان سفيهاً.

فـرع:

فإن عقد السفيه على ابنته فقال ابن وهب: لوليّه إجازته أو ردّه، فإن لم يكن عليه وليّ، فعقْده ماضٍ إن كان ما فعل صواباً. وكذلك في أخته.

قال أصبغ: قول ابن وهب صحيح.

قال محمد: إلا قوله: إن لم يكن عليه وليّ، أنه جائز. قال: وذلك [جائز][2] سواء له وليّ أم لا، ينظر إلى ما فعل بالاجتهاد كنَظَرِ الوليّ.

الثالث: غيبة الوليّ الأقعد غيبة بعيدة، أو لا ترجى لها أَوْبَةٌ سريعةٌ، فإنها تنقل الولاية إلى الأقرب إليه، وإلى الحاكم، فيزوجها أحدهما.

---

(١) هو ابن وهب في س. (٢) جائز: ساقطة من الأصل ومن م. والإكمال من هامش س.

وقيل: إلى الحاكم فقط، فلا يزوجها غيره.

الرابع: الفسق، وهو يَسلبُ الولاية على قول. والمشهور أنه لا يسلبها، وإنما يقدح في كمال العقد دون صحته.

الخامس: اختلاف الدين، والمشهور أنه يسلب الولاية في الجانبين، فكما لا يزوج المسلمة إلا مسلم، فلا يزوج الكافرة إلا كافر، فإن لم يكن لها وليّ كافر فأساقفتهم وبعض ولاتهم، فيعقدون ولو من مسلم دون وليّها المسلم. ولا يصح عقد مسلم عليها، إلا أن تكون معتقة فإن عقد عليها وهي غير معتقة فسخ إن كان لمسلم، ولا يعرض للنصراني.

[١٢٤/ أ] وقال / أصبغ: لا يفسخ عقد المسلم، عقده أولى وأفضل.

وقيل: لا يجوز في إنكاحها للمسلم إلا عقد المسلم خاصة.

السادس: الإحرام، وهو يسلب عبارة المحرم في النكاح والإِنْكَاحِ، لكن لا يمنع الرجعة، ولا يسلب عبارته فيها.

الفصل الرابع

في تولي طرفي العقد[١]

والأب يتولى طرفي عقد البيع في مال ولده، وكذلك الوكيل على البيع إذا اشترى سلعة لنفسه تولى طرفي العقد. وكذلك كل واحد من ابن العم والمعتق، ووكيل الوليّ، والحاكم يعقد لنفسه على من يتولى عليها بإذنها له في ذلك، فيتولى طرفي العقد، وليُشهد كل منهم على رضاها وإذنها خوفاً من منازعتها.

قال أبو عمر: ولفظه في العقد أن يقول لها: قد تزوجتك على صداق كذا وكذا، فتقول: رضيت. أو تكون بكراً فتسكت رضاً بذلك.

---

(١) س: العقدة.

الفصل الخامس
في التوكيل

وللوليّ أن يوكّل من يعقد على وليته بعد تعيين الزوج.

وللزوج أيضاً أن يوكّل من يعقد عنه، فلا يشترط في وكيله ما يشترط في الأولياء من الصفات، بل يصح توكيل العبد والصبي والمرأة والنصراني.

وقيل: يشترط في وكيله ما يشترط في وليّها، فلا يعقد عنه من لا يصلح للعقد عليهَا ولو كان وليّها.

ثم ليَقُلْ الوليّ للوكيل بالقبول: زوّجتُ من فلان، ولا يقل: زوجت منك، وليقل الوكيل: قبلت لفلان، ولو قال: قبلت، لكفى إذا نوى بذلك موكّله.

الفصل السادس
فيما يجب على الوليّ

وتجب على الأخ الإجابة إذا طلبت أخته النكاح من كفء، إن كان متعيّناً. فإن كان له أخ آخر، كان الوُجوُب عليهما، ويسقط بفعل أحدهما. فإن عضلا زوّج السلطان بعد أن يأمرهما فيمتنعا.

وعلى المُجْبَرِ تزويج المجنونة إذا تاقت وخشي عليها الفساد، ورأى الوليّ المصلحة في تزويجها.

ولا يجب تزويج الصغير وإن طلب التزويج. فإن عقد لنفسه، فقال ابن القاسم: إذا أجاز الوليّ نكاحه فهو جائز كبيعه.

وأنكر سحنون ذلك وعلل إنكاره بأنه رآه غير محتاج إلى النكاح، بخلاف البالغ وبخلاف البيع والشراء فإن الصغير محتاج إلى ذلك.

قال بعض المتأخرين: وإنما أجاز ذلك ابن القاسم لأنه رآه نظراً مالياً، إذ يعود بالصلاح في المال في الحال وفي المآل.

وإذا عقد الأب لابنه الصغير، لم يصر ضامناً للمهر، إلا أن يكون الابن عديماً غير مالك لأمره.

الفصل السابع
في الكفاءة

والنظر في اعتبار أمور.

الأول: الدين، وهو معتبر في الكفاءة بلا خلاف.

فإن كان فاسقاً، فحكى الشيخ أبو الطاهر أنه لا خلاف منصوص أن تزويج الوالد من الفاسق لا يصح، قال: وكذلك غيره من الأولياء، وإن وقع وجب للزوجة أو لمن قام لها فسخه.

قال: وكان بعض أشياخي يهرب من الفتوى في هذا، ويرى أنه يؤدي إلى فسخ الكثير من الأنكحة.

[١٢٤/ ب] وإشارته بذلك إلى الفاسق بجوارحه. وأما الفاسق / باعتقاده فقد نص عليه مالك فقال في كتاب محمد: لا يتزوج إلى القدرية ولا يزوجوا.

الثاني: النسب، ولا يخلو أن يكون حراً عربياً، أو مولى، أو رقيقاً.

الأول: أن يكون حراً عربياً، فهو كفء.

الثاني: أن يكون مولى، فمذهب الكتاب[١] أنه كفء. قال ابن القاسم فيه[٢]: سألت مالكاً عن نكاح الموالي في العرب، فقال: لا بأس بذلك، ألا ترى إلى ما في كتاب الله عز وجل: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا

(١) المدونة: ٢/ ١٦٣. كتاب النكاح، باب في إنكاح الأولياء.
(٢) المرجع نفسه: ٢/ ١٦٣.

خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓا۟ ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ۚ ﴾[1].

وكذلك في كتاب محمد: قال مالك في المرأة، يريد الثيب، ترضى برجل دونها في الحسب، وهو كفؤ في الدين، ويرده الأب أو الوليّ فرفعت ذلك إلى السلطان فليزوجها منه.

ونقل بعض المتأخرين قولاً آخر عن المذهب أنه ليس بكفءٍ.

وقال عبد الملك بن الماجشون: إنما تفسير قول مالك في إجازة نكاح المولى من العربية أن ذلك على التقوى في الدين، وأن يكون ذلك لله لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾، ولقوله ﷺ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وهديه فزوّجوه وإن كان عبداً أسود أجدع أجذم»[2].

قال عبد الملك: فإذا لم يكن على التقوى كان نكاحاً مردوداً، قبل البناء وبعده، لأنه لا حظ له في الآية التي في كتاب الله، ولا في حديث رسول الله ﷺ. ووجب على السلطان أن يعاقب الناكح والمنكح والشهود لما انتهك من الحرمة، وذلك إذا ابتنى أو مس.

---

(١) الحجرات: ١٣.

(٢) لم نجد من خرجه بهذا اللفظ، وإنما أخرجه الترمذي في سننه ـ كتاب النكاح ـ باب ٣ ـ (٢/٢٧٤)، وابن ماجه: النكاح ـ باب الأكفاء ـ (١/٦٣٢)، والحاكم: (٢/١٦٤ ـ ١٦٥) والخطيب في تاريخه: (١١/٦١) عن أبي هريرة.

وأخرجه الترمذي ـ أيضاً ـ (٢/٢٧٤)، والطبراني في الكبير (٢٢/٣٠٠)، والدولابي في الكنى (١/٢٥)، والبيهقي في الكبير (٧/٨٢)، عن أبي حاتم المزني بلفظ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض، وفساد كبير».. أو بنحوه. وقال الترمذي: حسن غريب. وأخرجه ابن عدي ـ أيضاً ـ عن ابن عمر.

ولم نجد عند أحد ممن خرجوا هذا الحديث لفظ: وإن كان عبداً أسود أجدع أجذم.

الثالث: أن يكون رقيقاً، فظاهر قول ابن القاسم في الكتاب[١] أنه كفءٌ. ونقل القاضي أبو محمد ذلك عنه نصاً. ونقل عن المغيرة وسحنون أنه لا يكون كفؤاً، ثم قال: وهو الصحيح. ونقل بعض المتأخرين عن المغيرة أنه قال: يفسخ لأن للناس مناكح قد عرفت لهم وعرفوا بها، ثم قال: وهذا الذي صوبه المتأخرون للقطع بكبير المعرّة والمضرّة في ذلك.

وفي الكتاب[٢]: وقال غيره: ليس العبد ومثله إذا دعت إليه إذا كانت ذات المنصب والموضع والقدر مما يكون الوليّ في مخالفتها عاضلاً لأن للناس مناكح قد عرفت لهم وعرفوا بها.

الثالث: ما يرجع إلى البدن. فيؤمر الوليّ أن يتخير لها كامل الخلقة. قال عمر رضي الله عنه: لا يزوج الرجل وليته للقبيح الذميم، ولا للشيخ الكبير. فإن زوجها من ناقص، فإن كان نقصاً يضر بها كالجنون والجذام والبرص، أو يؤدي إلى نقص الوطء كأحد العيوب المثبتة لخيار الرد، لم يكن كفؤاً، وكان لها رد النكاح كما سيأتي. وإن كان النقص غير ذلك، لم يثبت لها به خيار.

الرابع: المال. والفقر [المؤذن][٣] بالعُدم جملة حتى يعجز عن النفقة عليها والقيام بحقوقها يُثْبِت لها مُتَكلَّماً.

وكذلك إن قدر على ذلك إلا أنه يؤذيها في مالها.

فأما إن كان فقيراً إلا أنه بحيث يقدر على النفقة ولا يؤذيها في مالها، فظاهر الكتاب[٤] أن لها متكلماً أيضاً. / وقيل: لا متكلم لها. [١٢٥/ أ]

---

(١) المدونة: ٢/ ١٦٤.

(٢) المصدر نفسه: ٢/ ١٦٤.

(٣) المؤذن: ساقطة من الأصل ومن م، والإكمال من هامش س.

(٤) المدونة: ٢/ ١٦٣.

قال بعض المتأخرين: ولعل هذا خلاف في حال، هل في ذلك معرّة عليها أو لا؟ أو لعله نظر إلى الحال أو المال.

ولنختم الفصل بما روي عن ابن القاسم مما يشير إلى اعتبار الكفاءة في القدر والحال والمال.

فروى عنه أصبغ: أن من دعت إلى زوج وأبى عليها وليّها، فنظر السلطان فلم يَرَ منعه صواباً، ورأى منه عضلاً لها وإضراراً بها في ذلك، أمره بتزويجها ممن رضيته إذا كان كفؤاً لها في القدر والحال والمال، فإن أبى زوجها السلطان منه على ما أحب أو كره.

قال عبد الملك: وعلى هذا القول اجتمع أصحاب مالك، لا أعلمهم اختلفوا فيه، ثم الكفاءة حقها وحق الأولياء فإن رضيت هي وهم بتركها جاز.

الفصل الثامن
في تزاحم الأولياء

وإذا اجتمع أهل زوجة عقد أفضلهم، فإن تساووا في الفضل عقد أسنّهم، فإن تساووا في السن اجتمعوا فعقدوا عليها، فإن اختلفوا فروى ابن القاسم أنهم إذا اختلفوا مع استوائهم في القُعْدُد رُفِعَ ذلك إلى السلطان فينظر فيه، فإن بادر أحدهم وعقد برضاها صح العقد ونفذَ، سَاواهم في الفضل أو نقص عنهم فيه.

فرع:

إذا أذنت لوليّين ولم تعين الزوج، فعقد كل واحد مع شخص، ولم يعلم أحد الزوجين بصاحبه حتى دخل بها أحدهما، فهي للذي دخل بها منهما، ويفسخ نكاح الآخر.

قال المتأخرون: وهكذا قال في الكتاب[1] إذا لم يعلم بعقد الأول حتى دخل، فلو دخل بعد علمه بذلك لم ينفعه الدخول، وكانت للأول.

فإن لم يدخل بها أحدهما فهي لمن سبق عقده عليها منهما، فإن اتحد زمان العقدين تدافعا، وكذلك إن جهل السبق وأمكن التوافق، أو علم السبق وجهل السابق.

وقال ابن عبد الحكم: السابق بالعقد أولى، وإن دخل الثاني.

ومعتمد المذهب في ذلك ما روي عن عمر والحسن ومعاوية ومن وافقهم على ذلك رضي الله عنهم أجمعين، فقضى عمر في الوليين ينكحان المرأة، ولا يعلم أحدهما بصاحبه أنها للذي دخل بها، فإن لم يدخل بها أحدهما فهي للأول، فهذا حكمه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه، ثم وافقه الحسن ومعاوية، فروى ابن أبي مليكة أن موسى بن طلحة أنكح يزيد ابن معاوية أم إسحاق بنت طلحة وأنكحها يعقوب بن طلحة من الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم، فلم تمكث إلا ليلتين حتى جمعها الحسن، وكان موسى بن طلحة أنكحها من يزيد قبل أن ينكحها يعقوب من الحسن، فقال معاوية: امرأة جمعها زوجها فدعوها، ولم يظهر خلاف. وقال به ابن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعة وعطاء ومكحول وغيرهم.

فروع:

الأول: إذا جهل السابق وقلنا: يفسخ النكاحان، فإن الفسخ بطلاق.

وقال محمد: يكون الطلاق موقوفاً، فإن تزوجها أحدهما لم يقع عليه طلاق، ولزم الآخر، وإن تزوجها غيرهما وقع الطلاق عليهما.

(١) المصدر نفسه: ٢/ ١٦٨. باب في المرأة توكل وليينّ فينكحانها من رجلين.

الفـرع الثانـي: إذا مات الأول، أو طلق قبل دخول الثاني، فإن علم بذلك قبل دخول الثاني، فلا يكون دخوله فوتاً، وإن لم يعلم حتى دخل / فهو فوت. [١٢٥/ ب]

الفـرع الثالـث:

إذا ماتت المرأة بعد أن عُلِم الأحقّ بها منهما بدخولٍ أو سبْق عقد، فلا شك في ميراثه، ولزوم الصداق له. فإن جُهِل الأحق بها، ففي ثبوت الميراث مع الجهل قولان للمتأخرين: ثبوته، إذ لا بد أن يكون أحدهما زوجاً. ونفيه، إذ لا يورث بالشك.

ويثبت الصداق حيث يثبت الميراث، وأما حيث ينتفي فإنما يكون عليه ما زاد منه على قدر الميراث.

الفـرع الرابـع:

إذا مات الزوجان أو أحدهما، فلا ميراث ولا صداق للشك في الزوجية في حق كل واحد منهما، وهي السبب.

الفـرع الخامـس:

إذا ادعى كل واحد أنه الأوَّلْ، فصدّقت أحدهما، ثبت لها الصداق لأنه إقرار بمال، ولم يثبت الميراث.

ولو شهدت لكل واحد منهما بينة أنه الأول، تساقطتا، وكان الحكم كما إذا تداعيا من غير بينة.

والمشهور أنّه لا يرجَّح ههنا بمزيد العدالة، بخلاف البيع، إذ لا يثبت النكاح بالشاهد واليمين، ويثبت به البيع، فمزيد العـدالة ههنـا كشهادة شاهد واحد.

وقال سحنون: يقضى بالأعدل كالبيع. وبه قال أبو إسحاق البرقي[1]، واختاره أبو محمد عبد الحق.

---

(١) إبراهيم بن عبد الرحمن بن أبي العاص البرقي، أبو إسحاق، فقيه مالكي عالم إمام من أهل مصر روى عن أشهب وابن وهب، وكان صاحب حلقة أصبغ، أخذ الناس عنه كثيراً وحملوا عنه ما رواه عن أشهب من سماع ومجالس. ت ٢٤٥. (الديباج: ١/ ٢٥٩- الشجرة: ٦٧).

البَابُ الثَانِي
في المولّى عليهِ

ولا يولى النكاح إلا على ناقص بصغر، أو جنون، أو سفهٍ، أو رقّ، أو أنوثة. وقد سبق حكم الأنوثة والصغر.

أما المجنون الكبير، فللأب التزويج منه عند ظهور الحاجة. وأما المجنونة فيزوجها عند الحاجة صغيرة كانت أو كبيرة، بكراً كانت أو ثيباً.

وأما السفيه فيجبره الأب على النكاح، وإن كره، بما سمى من الصداق في ماله وذمته، ولا رد له إن بلغ الرشد. وكذلك وصي أبيه، والسلطان وخليفته، وليس له أن يتولى النكاح بنفسه[1] بوجه.

وقال عبد الملك: لا يزوجه من يلي عليه إلا برضاه.

فــــرع:

إذا تزوج السفيه بغير إذن وليّه، فروى أشهب أن الوليّ إن أجازه مضى، وإلا فسخ، وكانت طلقة.

قال ابن القاسم، وهو في كتاب ابن حبيب: فإن لم يعلم وليّه حتى مات أحدهما، فإن كان هو، فلا ميراث لها منه. قال ابن حبيب: ولا صداق. فإن ماتت هي، فالنظر لوليّه قائم، إما أن يجيزه فيـأخذ

(١) بنفسه: ساقطة من س.

الميراث ويؤدي الصداق، أو يرد النكاح ويدع الميراث. وقاله مطرف وابن الماجشون.

وذكر أصبغ عن ابن القاسم: أنهما يتوارثان ويمضي الصداق، لأن النظر قد فات فيه [بالموت][1].

وذكر ابن المواز عنه خلاف هذا. قال ابن المواز: قال أصبغ: إن مات هو لم ترثه، وردّت كل ما أعطاها، إلا ربع دينار إن أصابها، وكذلك في حياته إن فسخه.

قال أصبغ: هذا في الدنيــة.

وقال ابن القاسم: ويجتهد في الزيادة لذات القدر. قال أصبغ: [بما][2] يرى مما لا يبلغه صداق مثلها.

قال ابن المواز: وروى ابن وهب في السفيه: لا يترك لها شيء، لا ربع دينار ولا غيره، وإن كان لها قدر.

قال ابن حبيب: وهذا القياس.

وأما الرقيق، فللسيّد إجبار الأمة والعبد، ولا يُجبر هو لهما، فلو طلبا النكاح لم تجب الإجابة.

وسبب هذا التصرف الملكُ، حتى يزوج المسلم أمته الكافرة، والوليّ يزوج رقيق الطفل للمصلحة[3]، وأمة المرأة يزوجها وكيلها كما تقدم.

ومن بعضه رقيق لا يجبر، ولا يستبد، من ذكر أو أنثى، ولا يُجبر مالك بعضه على / تزويجه إذا طلبه، ولا يقضى عليه به، ولو كان منعه ضراراً كالعبد والمكاتب. [١٢٦/ أ]

(١) في الأصل: بالميراث، واعتمدنا ما في س.

(٢) في الأصل: لما، وما أثبتناه من س.

(٣) س: بالمصلحة.

وأما من فيه عقد من عقود الحرية، فحكى الشيخ أبو الطاهر عن المذهب في إجباره أربعة أقوال:

الإجبار، ونفيه. والتفرقة بين الذكور والإناث، فيجبر الذكور لقدرتهم على الحل عن أنفسهم. ولا تجبر الإناث لعدم قدرتهن على ذلك. والرابع: التفرقة بين من يقدر على انتزاع ماله، فيصح إجباره، وبين من لا يقدر على انتزاع ماله، فلا يصح إجباره.

ثم حكى عن بعض أشياخه أنه أنكر هذه التفرقة، وقال: إنما أراد أبو الحسن اللخمي التعليل في منع إجبار المكاتبة بذلك، فأخذ منه إطلاقاً كلياً بين من ينتزع ماله، وبين من لا ينتزع ماله، وهو غير صحيح، إذ قد يعلل في مسألة بعلة، ويعلل في أخرى بغيرها.

القسم الثالث من الكتاب في الموانع

وهي أربعة أجناس:

الأول: ما يقتضي تأبيد التحريم، ويشتمل على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المحرمية وأسبابها ثلاثة: قرابة، ورضاع، وصهر.

السبب الأول: القرابة ويحرم منها سبع: الأمهات، والبنات والأخوات، وبنات الإخوة والأخوات، والعمات، والخالات، ولا تحرم بنات الأعمام والأخوال.

والأم عبارة عن كل امرأة ينتهي إليها النسب بالولادة ولو بوسائط، على أي العمودين كانت. وبنت الرجل عبارة عن كل امرأة ينتهي إليه نسبها، ولو بوسائط.

والضابط أنه يحرم على الرجل أصوله وفصوله، وفصول أول أصوله، وأول فصل من كل أصل وإن علا.

فرع: إذا ولدت من الزنى لم يحل لها نكاح ولدها. وأما نكاح الزاني للمخلوقة من مائه، فحكى القاضي أبو الحسن جوازه. قال القاضي أبو الوليد: وهو قول عبد الملك بن الماجشون قال: والمشهور من المذهب أن ذلك غير جائز.

قال سحنون: في قول ابن الماجشون هذا خطأ صراح، وما علمت من قاله من أصحابنا معه.

وقال ابن المواز: لا يتزوجها، وأباه أصبغ، وابن عبد الحكم في ظني، ومكروهه بيّن اعتباراً بتحريم الأم من الزنى.

ولا تحل المنفية باللعان.

السبب الثاني: الرضاع. ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. وكل امرأة أرضعت شخصاً، أو أرضعت من أرضعته، أو أرضعت من يرجع [بسبب][1] إليه فهي أُمّهُ. وكذلك كل امرأة يرجع نسب المرضعة إليها، إذ أخت المرضعة خالة الرضيع، وأخوها خاله، وكذا في سائر أحكام النسب.

السبب الثالث: المصاهرة. ويحرم منها بمجرد عقد النكاح الصحيح المباح أمهات الزوجة من النسب والرضاع، وزوجة الابن، والحفدة، وزوجة الأب والجد من جهتي[2] النسب والرضاع.

فأما العقد المكروه، وهو المختلف في جوازه، فقد قال ابن القاسم في الكتاب: كل نكاح لم يكن حراماً في كتاب الله، ولا حرمه رسول الله ﷺ وقد اختلف الناس فيه، فهو عندي يحرم[3] كما يحرم النكاح الصحيح الذي لا اختلاف فيه، وهذا الذي سمعت عمن أرضى.

[١٢٦/ ب] وقال فيه أيضاً: إذا تزوج امرأة في عدّتها، ففرق بينهما قبل البناء جاز / لابنه[4] أن يتزوجها.

---

(١) في الأصل: نسبه، وما أثبتناه من س، م.

(٢) في الأصل: جهتين.

(٣) س: محرّم.

(٤) س: لأبيه.

وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك: إن النكاح الفاسد على وجهين:

أحدهما: ما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، كنكاح الشغار الذي سمي مهره، والنكاح بالصداق المجهول أو إلى أجل غير مسمى، أو إلى موت أو فراق، أو النكاح بالخمر أو الخنزير، فإن هذا كله إذا انعقد به حرمت الزوجة على أب الزوج وابنه.

وإن كان النكاح محرماً في كتاب الله أو سنة رسوله، كنكاح الخامسة، والنكاح في العدة ونكاح الأخت على الأخت، ونكاح المرأة على عمتها بنسب أو رضاع، ونكاح التحليل، ونكاح السر، فإن المرأة بذلك لا تحرم على أب الزوج، ولا على ابنه.

وأما بنات الزوجة، فلا يحرمن بمجرد العقد، بل بالوطء فيه، وفي معنى الوطء مقدماته من القبلة والمباشرة إذا كان ذلك للذة، وكذلك النظر إلى باطن الجسد بشهوة على المشهور. وقيل: لا تنتشر الحرمة بذلك.

ولا يشترط في تحريم بنات الزوجة كونهن في حجره.

ثم لا يعتبر حل الوطء بعد تقدم العقد الصحيح أو شبهته.

فإن انفرد الوطء عن العقد، فإن كان حلالاً كالوطء بملك اليمين فحكمه حكم الوطء في عقد النكاح. وإن كان حراماً محضاً، ففي الكتاب[1] فيمن زنى بأم امرأته، قال ابن القاسم: قال لنا مالك: يفارقها ولا يقيم عليها، وهذا خلاف ما قال لنا مالك في موطئه[2].

---

(١) المدونة: ٢/ ٢٧٧. كتاب النكاح الخامس، في الرجل يزنى بأم امرأته أو يتزوجها عمداً.

(٢) الموطأ، كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته وفيه: قال مالك فأما الزنا فإنه لا يحرم شيئاً من ذلك، لأن الله تبارك وتعالى قال: وأمهات نسائكم. . . . . . فإنما حرم ما كان تزويجاً، ولم يذكر تحريم الزنا.

قال سحنون: وأصحابه على ما قال في الموطأ، ليس بينهم فيه اختلاف، وهو الأمر عندهم.

التفريع: إن قلنا بمذهب الموطأ، فوجود هذا الوطء كعدمه، وإن بنينا على مذهب الكتاب، فقد اختلف الأصحاب في مقتضى الأمر بالفراق فيه، هل هو على الوجوب أو على الندب؟ على قولين.

فإن كان الوطء بالاشتباه مع عدم عقد النكاح وملك اليمين وشبهتهما. فقد قال الشيخ أبو عمران: لا نعلم خلافاً بين أصحابنا في وطء الشبهة أنه يحرم، إلا ما روي عن سحنون أنه قال فيمن مدّ يده إلى زوجته في الليل فوقعت على ابنته منها فوطئها غلطاً: إن ذلك لا يحرم عليه زوجته.

وإذا فرعنا على قول الأصحاب، فقد خرّج عليه المتأخرون فرعاً اختلفوا في حكمه وكثر اختلافهم فيه حتى ألف بعضهم على بعض، وهو إذا حاول الرجل وطء زوجته أو التلذذ بها، فوقعت يده على ابنته منها، فآلتذ بذلك، فمنهم من أمر باجتناب الزوجة ومفارقتها، ومنهم من لم ير ذلك على الزوج.

وعلى القول الأول الأكثر منهم كالشيخ أبي الحسن والشيخ أبي عمران، وأبي بكر بن عبد الرحمن، وأبي إسحاق التونسي وأبي حفص القطان، وأبي القاسم السيوري، وأبي محمد عبد الحميد، وبذلك أخذ الفقيه أبو بكر بن التبَّان ففارق زوجته حين نزلت به، ونص عليه الشيخ أبو إسحاق في كتابه الزاهي.

وعلى القول الثاني أبو القاسم الطائي[1] وأبو سعيد بن أخي هشام،

---

(١) محمد بن أحمد بن مجاهد الطائي، صاحب أبي الحسن الأشعري أخذ عن القاضي التسْتري ودرس عليه أبو بكر الباقلاني وغيره له كتب هامة في الأصول. لا يعرف تاريخ وفاته. (الديباج: ٢/٢١٠ ـ ٢١١).

وأبو القاسم بن شبلون[1]، وهو مقتضى ما روي عن سحنون، وروي نحوه عن الليث بن سعد، وهو إحدى الروايتين عن الشيخ أبي محمد، وروي عنه مثل قول الأولين أيضاً.

وهذا القول الثاني هو الذي اختاره الإمام أبو عبد الله في تأليفه الذي / ألفه في هذه المسألة، وسماه بكشف الغطاء عن لمس الخطأ[2]، [١٢٧/ أ] واحتج له بِأَنَّـهُ لا رافع للحل المستصحب في الزوجة إلا آية تحريم المصاهرة، وهي لا تتناول البنت إذ ليست من نسائه في الحال، كالزوجة، ولا تصلح أن تكون من نسائه في المآل كالأجنبية.

فـــروع:

الأول: في بيان مقتضى المذهب فيما ذكر القائلون بالقول الأول. قال الإمام أبو عبد الله: وجمهورهم على أن المذهب فيه على قول واحد لا يختلف، بخلاف ما وقع من ذلك عن قصد وعمد، قال: وقال ضعفاؤهم: بل يتخرج على الروايتين في انتشار الحرمة بالزنى. وحكى عن شيخه أبي محمد عبد الحميد أنه كان يرى أنه وهم فاسد ممن حكي عنه.

الفرع الثاني: في بيان مرادهم باجتناب الزوجة، والظاهر من إطلاقهم الأمر باجتنابها تحريماً، ووجوب فراقها والإجبار عليه وهو مذهب جمهورهم.

ونقل عن الشيخ أبي الحسن والشيخ أبي عمران أنهما إنما كانا يريان الاجتناب والمفارقة على وجه الاستحباب والاحتياط لا على وجه

---

(١) عبد الخالق بن أبي سعيد خلف بن شبلون، أبو القاسم، من فقهاء القيروان، كان اعتماد الناس عليه في الفتوى والتدريس بعد ابن أبي زيد. ألف كتاب المقصد. توفي حوالى ٣٩١. (الديباج: ٢/ ٢٢).

(٢) منه نسخة مخطوطة بمكتبة آل ابن عاشور بالمرسى ـ تونس.

الإيجاب والإجبار، وهو مذهب أبي الطيب عبد المنعم، فإنه أمر بالفراق وتوقف في الإجبار.

الفرع الثالث: فيمن وطىء امرأة[1] مكرهاً، هل تنتشر الحرمة بوطئه ذلك أم لا؟ قال الإمام أبو عبد الله: حكم هذه المسألة يتخرج على الخلاف في وطء المكره هل يعدّ زنى، فيحد فيه، أو يعذر بالإكراه فيسقط عنه الحد؟. قال: فإن قلنا بالأول، كانت المسألة على الروايتين في انتشار الحرمة بوطء الزنى، وإن قلنا بأنه يعذر ويسقط الحدّ عنه، جرى مجرى الوطء على وجه الغلط، وقد تقدم الكلام عليه.

ويتم المقصود من بيان تحريم المصاهرة بذكر فروع متتالية في الجمع بين الأم وابنتها بعقد نكاح أو بملك يمين.

أما عقد النكاح فإن عقد عليهما عقداً واحداً، فهو فاسد. ثم إن دخل بهما جميعاً حرمتا عليه على التأبيد. وكذلك الحكم في وطئه لهما جميعاً حيثما وقع بعقد نكاح، أو بملك يمين، أو بشبهة أحدهما، وقد تقدم حكم الحرام المحض.

وإن لم يدخل بهما، ولا بواحدة منهما، فلا تحرم البنت عليه بلا خلاف.

وأما الأم، ففي الكتاب[2] قولان: مذهب مالك وابن القاسم أنها لا تحرم.

ومذهب الغير تَحريمها.

وإذا دخل بالبنت حرمت الأم، ولم يحرم عليه تجديد عقدٍ على البنت.

---

(١) س: امرأته.

(٢) المدونة: ٢/ ٢٧٤. كتاب النكاح، باب الذي يتزوج المرأة ثم يتزوج ابنتها قبل أن يدخل بها.

وإن دخل بالأم حرمت البنت. وفي تحريم الأم القولان المتقدمان.

وإن عقد عليهما عقدين مفترقين. فإن بدأ بعقد الأم ولم يدخل بواحدة منهما حلت له البنت بنكاح ثان. وفي تحريم الأم على التأبيد القولان.

فإن دخل بالبنت خاصة، فسخ نكاحها وكان له أن يبتدى العقد عليها، وحرمت الأم عليه.

وإن دخل بالأم خاصة حرمت عليه على قول الغير، ولم تحرم على قول مالك وابن القاسم. أما البنت فتحرم عليه بالإجماع.

وإن كان العقد أولاً على البنت، فإن لم يدخل بواحدة منهما أصلاً، لم تحرم البنت وحرمت الأم.

وكذلك إن دخل بالبنت خاصة. فإن دخل بالأم حرمتا عليه جميعاً.

وأما ملك اليمين، فلا يمتنع عليه جمعهما / فيه [للخدمة][1]، أو إحداهما [١٢٧/ ب] للخدمة والأخرى للوطء. ثم أيتهما وطىء حرمت عليه الأخرى على التأبيد.

وإن جمع بينهما بالنكاح في إحداهما، والملك في أخرى، فإن وطئهما أو وطىء إحداهما، فالحكم كما تقدم في المملوكتين. وإن لم يطأ واحدة منهما فالمملوكة محرمة للجمع خاصة ما لم يدخل بالزوجة أو تكن الصغرى فيتأبد التحريم.

النوع الثاني: اللعان.

فإذا لاعن الزوج زوجته ووقعت الفرقة بينهما، حرمت عليه على التأبيد، ولا تحل له أبداً، ولو أكْذبَ نفسه.

النوع الثالث: الوطء في العدة.

---

(١) للخدمة: سقطت من الأصل.

وقد رأيت الاقتصار فيه على فصل ذكره أبو القاسم بن محرز، ونصه: كل امرأة معتدة من نكاح أو شبهة نكاح، فنكحت في عدتها تلك ووطئت، فإنها تحرم على واطئها، ولا تحل له أبداً، ولا أعلم في هذا اختلافاً بين أصحاب مالك.

وإن كانت مستبرأة من زنى أو اغتصاب، فنكحت في ذلك الاستبراء ووطئت فيه، فاختلف في ذلك، فقال مالك ومطرف: سبيله سبيل من تزوج في العدة. وذهب ابن الماجشون إلى أنها لا تحرم بالوطء في هذا الاستبراء.

وإن كانت مستبرأة من وطء ملك في بيع أو هبة، فوطئت في ذلك الاستبراء بملك، فإن واطئها لا يكون حكمه حكم الواطىء في العدة، وهذا مما لا يختلف فيه إن شاء الله.

وإن وطئت في هذا الاستبراء بنكاح. فاختلف فيها، فقيل: تحرم عليه. وقيل: لا تحرم عليه.

وإن أعتقت جارية، وكان سيدها يطؤها، فتزوجت في استبرائها ذلك ووطئها زوجها، فإنها لا تحرم بذلك عليه عند ابن القاسم وأشهب جميعاً. وليست عندهما كأم الولد في الكراهة. وإن كانت في استبرائها قد أفضت إلى حرية، لما كان الوطء في ملك محض.

وسبيل الوطء بشبهة نكاح في جميع الأوجه التي ذكرنا سبيل من وطىء في نكاح صحيح، وسبيل من وطىء بشبهة ملك سبيل من وطىء في ملك صحيح.

فأما من وطئت بغير شبهة في عدة أو استبراء على وجه الزنى أو الاغتصاب، فإنه لا حرمة لذلك الوطء، فلا تقع به حرمة عليه ولا عليها.

والأصل في هذا التحريم ما ثبت من قضاء عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، بذلك وقيامه به في الناس.

قال القاضي أبو محمد: وقد روي مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ولا مخالف لهما مع شهرة ذلك وانتشاره.

والقياس على قاتل موروثه بعلة الاستعجال، وعلى الملاعن بعلة إدخال الشبهة في النسب.

الجنس الثاني: ما يتعلق بتعد عددي لا تتأبد به الحرمة، ويشتمل أيضاً على ثلاثة أنواع.

النوع الأول: الجمـــع.

فيحرم الجمع بين الأختين قِرَاناً. وألحقت السنة بهما الجمع بين سائر المحارم، فقال ﷺ: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها»(1).

والضابط : أن كل امرأتين بينهما من القرابة أو الرضاع [ما] يمنع تنكاحهما لو قدرت إحداهما ذكراً، فلا يجوز الجمع بينهما في العقد، ولا في الحل.

واحترزنا بذكر القرابة أو الرضاع عن الجمـع / بين المرأة وأم [١٢٨/ أ] زوجها أو ابنته، فإن جمع في العقد بطل النكاحان وفسخا أبداً. وإن جمع بينهما في الحل ثبت نكاح الأولى، وبُتَّ نكاح الثانية قبل الدخول وبعده إذا قامت على ذلك بينة، فإن لم تقم هنالك بينة قُبِل قول الرجل في ذلك، رواه محمد عن أشهب. قال محمد: وهذا صواب إلا أن تخالفه التي يترك، فإنه يحلف لأنه مدع لسقوط المهر أو فساده، فيكون فسخه حينئذ بطلاق.

---

(1) عن الشعبي سمع جابراً رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها وخالتها، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لايجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها». أخرجهما البخاري في كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها.

وفي معنى النكاح ملك اليمين، حتى لو اشترى أمة ووطئها حرمت عليه أختها وخالتها وعمتها. فإن ملك واحدة منهن، فما لم يُحرِّم الموطوءة على نفسه ببيع أو عتق أو كتابة أو تزويج أو نحو ذلك، لا يحل له وطء ما استجد ملكها، ولا تقوم العوارض المحرمة كالحيض والعدة بالشبهة والردة والإحرام مقام البيع وما ذكر معه.

ولا يقوم مقامه أيضاً تحريم من وطىء بيمين يحدثها أو بظهارها أن لا يطأها أو بغير ذلك.

قال ابن أبي سلمة: ولا بهبتها لمن يعتصرها منه، ولا لمن إذا شاء أخذها منه بثمن أو بغير ثمن بغير امتناع منه، ولا ببيع مفسوخ.

وقيل: لا ببيع صحيح دلّس فيه بعيب. ولا ببيع فيه استبراء، ولا على العهدة أو الخيار حتى ينقضي ذلك كله.

قال محمد: يريد عهدة الثلاث.

فــرع:

لو ملك عصمة إحداهما، ووطىء الأخرى بملك اليمين، فإن كان عقد النكاح هو السابق، فقد روى محمد عن ابن القاسم أنه يُوقَّف عن الزوجة حتى يُحَرِّم فرج أمته عليه، ولا يفسد ذلك النكاح. وقال أشهب: بل يطأ الزوجة، لأن فرج أمته عليه حرام منذ عقد على أختها عقد النكاح.

وإن كان الوطء هو المقدم، ثم تزوج قبل أن يحرم الأمة، فقال محمد: اختلف فيه أصحاب مالك، فقال عبد الله بن عبد الحكم وأشهب: نكاحه جائز، وله أن يطأ امرأته، ولا يحدث تحريماً لجاريته لأن نكاح أختها قد حرمها عليه. وقال ابن القاسم: لا يجوز أن يعقد النكاح حتى يحرم الأمة على نفسه، فإن فعل وقف بعد النكاح لا يقرب

واحدة منهما حتى يحرم على نفسه أيتهما شاء. وقال عبد الملك: يفسخ النكاح، ولا يقر على حال.

النـوع الثانــي:

الزيادة على أربــع نســوة.

فيمتنع على الحر الزيادة على الأربع، وكذلك العبد.

وروى ابن وهب: أن الثالثة في حق العبد كالخامسة في حق الحر، فلا يزيد العبد على اثنتين.

وتحل الخامسة بطلاق بائن لإحدى الأربع دون الرجعي.

ولو نكح خمساً في عقد، فالعقد باطل فيهن.

فأما لو جمع بين أربع يصح جمعهن في الحل، وسمَّى لكل واحدة صداقاً، فالمذهب الصحة والجواز، إذ لا غرر ولا خطر. فإن لم يسم لكلّ واحدة صداقاً، فمذهب الكتاب المنع[1]. وقال ابن دينـار وأصبغ بالجواز.

التفـريــع:

إذا قلنا بمذهب الكتاب، فوقع العقد، فللمتأخرين قولان:

أحدهمــا: الرجوع إلى صداق المثــل.

والآخــر: أنه يفض المسمـى.

وهما القولان أيضاً في فسخه قبل الدخول.

وسبب الخلاف في الموضعين مراعاة الخلاف، فمن راعاه صَحَّحَ

---

(١) المدونة: ٢/ ٢٧٣. كتاب النكاح الخامس، في الرجل ينكح النسوة في عقدة واحدة.

[١٢٨/ ب] وفض المسمى، ومن لم يراعه فسخ قبل / البناء، ورد بعده إلى صداق المثل.

وإن فرعنا على قول ابن دينار وأصبغ، فقد قال أصبغ: يعطي لكل واحدة منهن صداق مثلها. قال أبو القاسم بن محرز: يعني من تلك التسمية، قال: وحكاه عن ابن دينار.

فــرع:

قال الشيخ أبو عمران: من ادعى نكاح رابعة، ولا بينة له، منع من نكاح خامسة لها حتى يطلقها. يريد: أو يطلق غيرها.

النـوع الثـالـث:

استيفاء عدد الطلاق.

وهو ثلاث للحر، واثنتان للعبد، فمن استوفاه منهما لم تحل له الزوجة حتى يطأها غيره وطئاً مباحاً في نكاح صحيح لازم.

وقال ابن الماجشون: يحصل الإحلال بالوطء في الحيض والإحرام والصيام إذا صح العقد.

ولا تحل الذمية بنكاح الذمّي لفساده على المشهور. وقيل: تحل، بنـاءً على صحة أنكحتهم في الشاذ.

ولا يكفي نكاح الشبهة، ولا نكاح الدلسة، وهو نكاح المُحِلّ. قال مالك في المختصر: ومن نكح امرأة ليحلها لزوجها، فلا يحل ذلك ولا يُقَرُّ على ذلك النكاح حتى يستقبل نكاحاً جديداً، ولها مهرها إذا أصابها، ولا ترجع إلى زوجها الأول إلا بنكاح رغبة غير دلسة يصيبها فيه. فنص رضي الله عنه على أن نكاح المحلل[1] لا يَحل ولا يُحل، وأن نكاح

---

(١) في الأصل: وم: المحل.

الدلسة لا يجوز ولا يفيد، فلا ينتفع بلطائف الحيل في تحصيل الإحلال عنـده، بل لا يقـع حلالاً ولا يفيـد إحلالاً. وذلـك مقتضى الحديث الصحيح، وهو ما خرجه أبو عيسى الترمذي[1] وصحّحه عن عبد الله بن مسعود قال: «لعن رسول الله المحل والمحلل له».

وخـرّج أبو الحسن الـدارقطني عن عقبـة بن عامـر قـال: قـال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار، قالوا: بلى، قال: هو المحل ثم قال: لعن الله المحل والمحلل له»[2].

ثم المعتبر في التحليل نية المحل دون نية المرأة والمطلق، فنية المحل للإحلال تنزل منزلة اشتراطه في العقد، فيفسد ولا يحل.

ولو نكح بشرط الطلاق فسد العقد ولم يحل.

ويفسد النكاح أيضاً باشتراط عدم الوطء.

ثم حيث فسد العقد، لوقوعه على الوجه المنهي عنه، فرّق بينهما قبل البناء وبعده بطلقة بائنة، ولها المسمى في أظهر الروايتين. وروى ابن عبد الحكم أن لها مهر مثلها.

فـــروع: فـــي الـوطء.

ويكفي إيلاج الحشفة، أو مقدارها من مقطوعها، ولا يكفي وطء الصبي ولا وطء من لم تنتشر آلته، إذ انتشار الآلة مشترط في قول أكثر المتأخرين. وقيل: لا يشترط، بل يكفي [الوطء][3] بغير انتشار.

ويشترط كون الزوجة عالمة بالوطء عند ابن القاسم، ولا يشترط علم الزوج. واشترط أشهب علم الزوج خاصة.

(١) سنن الترمذي: ٣/ ٤٢٨- ٤٢٩، رقم ١١٢٠. كتاب النكاح، باب ما جاء في المحل والمحلل له.

(٢) سنن الدارقطني: ٣/ ٢٥١ رقم ٢٨، كتاب النكاح، باب المهر.

(٣) الوطء: سقطت من الأصل.

فلو وطئها الزوج في حال جنونه وهي سليمة، أحلها عند ابن القاسم، ولم يحلها عند أشهب.

ولو كانت هي المجنونة دونه، أحلها عند أشهب، ولم يحلها عند ابن القاسم.

وقال ابن الماجشون: يحلها كان الجنون به، أو بها، أو بهما معاً.

ثم حيث وقع الوطء المعتبر، فاتفق الزوجان عليه حلت به، فإن ادعت الوطء وأنكره لم يحلها / عند مالك. وقال ابن القاسم: يحلها. [١٢٩/ أ] وقال ابن وهب: إن كان الزوج ينكر عند الفراق لم يحلها، وإن قاله بعد الفراق لم يقبل، وقد حلت. وقال القاضي أبو الوليد: كل موضع تصدق فيه على الزوج في دعوى الوطء صدقت في الإحلال. وكل موضع لا تصدق فيه إذا ناكرها، فلا تحل بدعواها.

الجنس الثالث من الموانع: الرق، وهو نوعان:

النوع الأول: مانع على الإطلاق من الجانبين، وهو الرق الثابت على أحد الزوجين للآخر، فلا يجوز للرجل أن ينكح أمته، ولو ملك منكوحته انفسخ النكاح، وكذلك المرأة لا تنكح عبدها، وإن ملكت زوجها انفسخ النكاح.

فرع:

إذا وهب السيد لعبده زوجته أمة السيد، ففي الكتاب[1] من رواية ابن نافع: إذا وهبها ليفسخ نكاحه، فلا يجوز ذلك له، وإن تبين أنه صنع ذلك لينتزعها منه وليحلها بذلك لنفسه أو لغير زوجها، أو ليحرمها بذلك على زوجها، فلا أرى ذلك له جائزاً، ولا أرى أن يحرمها ذلك على

---

(١) المدونة: ٢/ ٢٥٢. كتاب النكاح الرابع، باب ملك الرجل امرأته وملك المرأة زوجها.

زوجها، ولا تنتزع منـه. وقال أصبغ: يكره للسيد ذلك، فإن فعل جاز. وقال ابن عبد الحكم: إذا قصـد إلى الفرقة لم يجز.

قال أبو القاسم بن محرز: هذه المسألة تدل على أن للسيد أن يكره عبده على قبول الهبة، لولا ذلك لم يكن لهبة السيد تأثير، ولا كان يعتبر قصده فيها، لأن العبد قادر على أن لا يقبلها كيف ما كانت نية سيده فيها، ولكن لما كان له أن يجبره اعتبر في الكتاب قصده، وحمل الأمر على إرادته، فإن سلمت إرادته صحت هبته وفسد النكاح. وإن لم تسلم إرادته بطلت هبته وثبت النكاح.

النـوع الثـانـي:

مانع على الجملة في بعض الأحوال وهو الرق الثابت على الزوجة لغير الزوج، فلا ينكح الحر المسلم مملوكة الغير إلا بشروط: عدْمه الطَّوْل، وخوفه العنَت، وكونها مسلمة.

وروي أنه يجوز للحر نكاح الإماء المسلمات مطلقاً من غير اعتبار بالشرطين الأولين.

وإذا فرعنا على المشهور، فالنظر في الطَّوْل والعَنَت.

أما الطَّوْل: فهو المال الذي يتزوَّج به الحرة، ولا تراعى قدرته على النفقة.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: تراعى قدرته على النفقة حتى لو وجد صداق الحرة وعدم النفقة عليها تزوج الأمة.

وروى أن الطول وجود الحرة نفسها في عصمته.

وإذا فرعنا على أنه المال، فلو عدم ما يتزوج به الحرة لأُبيحَ له تزويج الأمة، وإن كانت تحته ثلاث حرائر إذا خشى العنت معهن.

قال القاضي أبو بكر: ولو قدر على طول حرة كتابية لنكح الأمة، ولو وجد حرة فغالته في المهر بمقدار يُعَدُّ قبوله إسرافاً ولم يجد غيرها نكح الأمة. ولو قنعت بدون مهر المثل وهو قادر عليه لم ينكح الأمة.

وأما العنت، فهو الزنى. وإنما يتم بغلبة الشهوة وضعف التقوى. فإن قوي على التقوى وأمِن من نفسه، لم ينكح. فإن خاف العنت مع القدرة على الطول، كمن هوى أمة بعينها، ولم يمكنه الصبر عنها، فروى محمد وابن حبيب: أنه يجوز له أن يتزوجها.

[١٢٩/ ب] وخرج القاضي أبو الوليد هذه الرواية على رواية عدم اعتبار / الشرطين، أو على أنّ المراد بالطول ما يصل به إلى استباحة ما خاف على نفسه العنت بالامتناع منه من ثمن أمة على اختيار مالكها، أو مهر حرة على اختيارها إن كانت معينة. والقادر على سرية لا يخاف العنت معها، لا يترخص بنكاح الأمة.

فروع متتالية:

لو تزوج أمة لكونه على الشرائط المعتبرة في الإباحة فلم تغنه، فله أن يضيف إليها من تغنيه إلى تمام الأربع. ولو استغنى بالأولى ففي إباحة ما زاد عليها خلاف.

وإذا نكح الأمة على الحرة، فمذهب الكتاب[1] جواز النكاح، وأنه إن وقع لم يفسخ. والرواية الأخرى أنه ممنوع.

وسببهما الاختلاف في أن وجود الحرة تحته طول أم لا؟.

واختلف في هذا المنع: هل هو التحريم أو الكراهة؟.

---

(١) المدونة: ٢/٢٠٤. كتاب النكاح الثاني، باب في نكاح الأمة على الحرة ونكاح الحرة على الأمة.

ثم على القول بالتحريم يفسخ نكاح الأمة، وبه قال أشهب وابن عبد الحكم.

وعلى القول بالكراهة لا يفسخ، لكن تخير الحرة. وهل تخير في فسخ نكاحها أو بقائه؟ أو تخير في فسخ نكاح الأمة وإقراره؟ مذهبان: الأول لمالك في الكتاب. والثاني، لابن الماجشون والمغيرة.

والحر الكتابي ينكح الأمة الكتابية، والعبد المسلم لا ينكحها.

ثم إذا نكح الحر المسلم الأمة لكونه على الشرطين المعتبرين، ثم قدر على الحرة ونكحها، لم يفسخ[1] نكاح الأمة. وإن قلنا: إن الحرة طول، إذ لا تراعى الشروط إلا في ابتداء النكاح دون دوامه، ولأنه أيضاً لا يأمن عودة الأمر بعد ذلك. لكن يكون للحرة الخيار إذا علمت بعد العقد. وقيل: لا خيار لها، لأنها فرطت في البحث.

ولو جمع القادر بين حرة وأمة في عقد واحد بطل نكاح الأمة على الرواية المشهورة. وهل يبطل نكاح الحرة؟، في ذلك قولان.

ولو جمع بينهما في العقد، حيث أجزنا له الجمع بينهما في الملك، أما على الرواية الشاذة فالإباحة[2] مطلقاً، وأما على المشهورة، إذا قلنا بأن الطوْل المالُ، وعدم طَوْل حرّتين ولم تَكْفِه وتَكُفَّه واحدة، فإن النكاح يصح فيهما إذا سمى لكل واحدة منهما صداقها، وإن لم يسم ما لكل واحدة منهما جرى الحكم على القولين.

الجنس الرابع: الكفر.

والكفر ثلاثة أصناف:

الأول: الكتابيون، ويحل نكاح نسائهم ويُقَرُّون بالجزية.

---

(١) م وس: ينفسخ.

(٢) س: في الإباحة.

الصنف الثاني: المعطّلة(1) والزنادقة(2)، لا تحل مناكحتهم، ولا يُقرّون بالجزية.

والصنف الثالث: المجوس، ولا تحل مناكحتهم، لكن يُقرّون بالجزية. وقيل: يحل نكاح نسائهم.

فــــرع:

لو تنصر يهودي، أو تهود نصراني، أُقرّ. وحكى القاضي أبو بكر رواية، بأنه يقتل لخروجه عن العهد الذي انعقد له، إلا أن يسلم.

وأما لو تزندق يهودي أو نصراني فقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: لا يقتل، لأنه خرج من كفر إلى كفر. وقاله مالك ومطرف وابن عبد الحكم.

وقال ابن الماجشون: يقتل لأنه دين لا يقرّ عليه أحد، ولا تؤخذ عليه جزية. قال ابن حبيب: ولا أعلم من قاله غيره، ولا أقول به.

قال القاضي أبو الوليد: يحتمل أن يريد بالزندقة ههنا الخروج إلى غير شريعة، مثل التعطيل ومذاهب الدهرية(3).

[١٣٠/ أ] وحكى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر / بن محمد قال: روى عبد

---

(1) المعطلة، ويقال لهم الجهمية: هم الذين يزعمون أنه لا يجوز أن يقال: إن الله موجود أو شيء، لأنّا لو قلنا: هو موجود وغيره موجود أو هو شيء وغيره شيء لوجب بذلك التشبيه. وهكذا يزعمون في سائر الصفات. ويقفون في قدمه فيقولون: لا نقول هو مخلوق أو غير مخلوق، وهم ينكرون الصراط والميزان والشفاعة. انظر (التنبيه والرد على أهل الأهواء للملطي: ٨٦- ٩٧).

(2) الزنادقة: طائفة لا تجيز إثبات صفة من صفات الله وتزعم أن الله لا يدرك، على ما قال تعالى: لا تدركه الأبصار، وأن الذي لا يدرك فالصفة والإخبار عنه محال. (المصدر نفسه: ٩٥- ٩٧).

(3) انظر (التبصير في الدين، للإسفراييني: ١٣١).

الرحمن بن إبراهيم الأندلسي[1] في النصراني أو اليهودي يتزندق: أنه يقتل، لأنه خرج من ذمة[2] إلى غير ذمة، ولو أسلم لقتل، كمسلم تزندق ثم تاب.

فأما المسلم يرتد، فلا يقنع منه إلا بالإسلام أو السيف. ثم ردته تقطع العصمة بينه وبين زوجته ساعة ارتداده، رواه ابن القاسم في الكتاب[3] ثم قال: وكذلك ردة المرأة عندي. قال: وانقطاع ذلك بتطليقة بائنة، ولا تكون عليها رجعة وإن أسلم في عدتها، لأنه قد تركها حين ارتد، ولم يكن يقدر حين ارتداده على رجعتها.

وروى ابن أبي أويس وابن الماجشون، أن الردة فسخ.

قال سحنون: والمخزومي يقول: إذا أسلم ورجع إلى الإسلام في عدّتها فهو أحق بها.

وقال ابن الماجشون: إن تاب وأدرك زوجته في عدتها كان أحق بها بالطلاق كله، كالمشرك تسلم زوجته، ثم يسلم في عدتها، فإن انقضت العدة كان إسلام هذه تطليقة، وارتداد هذه تطليقة.

وسبب الخلاف: النظر إلى أن للردة أثراً فيما تقدم من عمله أم لا؟ ثم النظر في تعيينه على القول به. فالذين رأوا لها أثراً اختلفوا، فمنهم من رأى أن أثرها إحباطه، فقطع العصمة. ثم اختلف القائلون بذلك في كيفية قطعها، فمن نظر منهم إلى تقدم صحة النكاح جعل

---

(1) عبد الرحمن بن إبراهيم بن عيسى بن يحيى بن بريد، غلبت عليه كنيته: أبو زيد، من أهل الأندلس، سمع من يحيى بن يحيى ورحل إلى الشرق فأدرك ابن كنانة وابن الماجشون ومطرف ونظراءهم وأخذ عن المدنيين ثمانية كتب تعرف بالثمانية وهي مشهورة. ت ٢٥٨. (الديباج: ١/٤٦٩).

(2) س: ذمته ـ م: ذمة.

(3) المدونة: ٢/٣١٥. كتاب النكاح السادس، باب في الارتداد.

القطع طلاقاً. ومن اعتبر الغلبة على الفسخ جعله فسخاً بغير طلاق. ومنهم من رأى أثرها تشعيث العصمة[1] لا قطعها، فحكم بطلقة رجعية.

وأما الذين لم يروا للردة أثراً في العمَل الماضي فرأوا أن حكمها يرتفع بالتوبة، حتى يعود إلى ما كان عليه قبلها، وجعلوه باقياً على زوجته، كما هو باق على ماله على المعروف من المذهب.

فرعان:

الأول: إذا ارتد الزوج إلى دين زوجته اليهودية أو النصرانية، فقال ابن القاسم: تقع الفرقة بينهما كما لو كانت مسلمة. وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: لا يحال بينه وبينها، ولا تحرم عليه إن عاد إلى الإسلام.

الفرع الثاني: روى ابن سحنون عن أبيه، في المسلم يرفع زوجته المسلمة إلى الحاكم يدعي عليها أنها ارتدت عن دينها فتنكر، أن الحاكم يفرق بينهما لإقراره بارتدادها الموجب للفرقة. قال: وكذلك لو كانت الزوجة كتابية.

(١) س: تشعثاً للعصمة.

البَاب الأوَّل

[في نكاح المشركات]

ويتصل بهذا باب نكاح المشركات لانشعاب مسائله عن الموانع السابقة، وفيه فصول:

الفصل الأول

فيما يقرّ عليه الكافر من الأنكحة

وإذا أسلم الزوجان معاً قررا على نكاحهما إذا خلا عن الموانع المتقدمة، فإن سبق زوج بالإسلام، وتحته من لو ابتدأ العقد عليها في الإسلام لجاز، أقر[1] عليها، أسلمت معه أو بقيت على دينها، فيقرّ على الكتابية الحرة دون غيرها، ويعرض على غيرها الإسلام، فإن أسلمت أو عتقت إن كانت أمة كتابية ثبتت معه، وإذا بقيت على حالها وقعت الفرقة في الحال، كان قبل الدخول أو بعده.

/وقال أشهب: تتعجل الفرقة، إن كان قبل الدخول، بإسلام [١٣٠/ ب] الزوج، ولم يقل يعرض عليها. وقاله أصبغ، وهو أحب إلى محمد، قال: وينتظر فراغ العدة إن كان بعد الدخول.

---

(١) في الأصل وم: قررا.

فــرع:

إذا بَنَيْنَا على قول ابن القاسم فغفل عنها حتى مضى لها شهر، وما قرب منه، فقال ابن القاسم في الكتاب[1]: ليس بكثير، وتبقى على النكاح إن أسلمت في هذه المدة.

ثم حيث قلنا بالفراق، فمذهب الكتاب[2]: إن الفرقة فسخ بغير طلاق. وقاله ابن المواز: واختاره القاضي أبو بكر.

وقال ابن القاسم في العتبية: هي طلقة بائنة.

وأما إن كانت المرأة هي السابقة إلى الإسلام، فـإن كان قبـل الدخول وقعت الفرقة، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة، فإن أسلم قبل انقضائها ثبت عليها من غير رجعة يحدثها وإلا بانت منه.

ثم حيث قلنا: يقرّ على النكاح لإسلامها أو لإسلامه على كتابية، فلا نبحث عن شرط نكاحهما، بل نقررهما على النكاح بلا وليّ ولا صداق، وفي العدة، إلا إذا أسلما أو أحدهما قبل انقضاء العدة، فإن المفسد قارن الإسلام، فيندفع النكاح، كما لو أسلم على ذات محرم منه. ونقرّرهم على النكاح المؤقت إن أسلموا بعد الأجل، وإن أسلموا قبله فسخ، بنى أم لا.
ولا نقرّرهم على ما هو فاسد عندهم إلا إذا كان صحيحاً عندنا.

ولو اعتقدوا غصب المرأة أو مراضاتـها على الإقامة مع الرجل بغير عقد نكاحاً أقررناهم عليـه إذا أسلموا.

---

(١) المدونة: ٢/ ٢٩٨. كتاب النكاح السادس، باب في مناكح المشـركين وأهل الكتاب، وإسلام أحد الزوجين والسبي والارتداد.

(٢) المصدر نفسه: ٢/ ٢٩٨.

وبـالجملة، فأنكحتهم فـاسدة على المشهـور، لكن إذا أسلموا صحح الإسلام منها ما لو ابتدأوا عقده بعد الإسلام لجاز عندنا، ويعفى عن ما بَنَوْها عليه من التحريم والإخلال بالشرائط.

ثم إن المفسد إن قارن إسلام أحدهما كفى.

وإذا طلق الكافر زوجته ثلاثاً، ثم أسلما في الحال كان له أن يبقى على نكاحها، ولو أبانها عنه بعد الطلاق مـدة ثم أسلم، ثم أراد أن يعقد عليها بعد الإسلام، لم يفتقر إلى مُحَلِّلٍ.

فإن قيل: ما حكم صداقهم الفاسد بعد الإسلام؟ قلنا: إذا أصدقها خمراً، وقبضت قبل الإسلام ودخل بها، ثم أسلما، فلا مهر لها. وإن لم تقبض ولم يدخل بها، فلها صداق المثل. وقيل: قيمة ما أصدقها من ذلك لو كان يجوز بيعه.

وكذلك إن دخل عليها ولم تقبض المهر.

وإن قبضت ولم يدخل بها، فقال ابن القاسم: يجب لها صداق المثل. وقال ابن عبد الحكم: قيمة المسمى. وقال أشهب: ربع دينار. وقال غيرهم: لا يجب لها شيء أصلاً.

الفصـــل الثـانـي

في إسلام الكافر على عدد من النسوة لا يمكن الجمع بينهن

فإذا أسلم على عشر نسوة، اختار أربعاً، فثبت نكاحه عليهن، كنّ أوائل أوْ أواخر، عقد عليهن في عقد واحد أو عقود متعددة، واندفع نكاح الباقيات، ولا مهر لهن إذا لم يدخل بهن، إذ هو مغلوب على

الفراق. وقال ابن حبيب: لكل واحدة نصف صداقها، لأنـه يعد في الاختيار كالمنتقل فيصير كالمطلق. وقال ابن المواز: لكل واحدة من صداقها خمسه، لأنه لو فارق الجميع ما لزمه / لهن إلّا صداقان. [١٣١/ أ]

فإن مات قبل أن يختار، فقال محمد: سمعت من يقول: يرثن منه الربع بين جميعهن، [إن][1] لم يكن له ولد مسلم. ولكل من بنى بها منهن صداقها، ومن لم يبن بها فلها خمسا صداقها. قال محمد: لأنه لم يكن عليه إن لم يدخل بهن إلا صداق أربع يقسم بينهن.

قال الشيخ أبو الطاهر: إيجاب أربع صَدقات لجميعهن بالموت هو المشهور، وهو الجاري على مذهب ابن المـواز. قال: وقيـل: عليه لكلهن سبع صدقات، قال: وهو رأي ابن حبيب، تكون أربع صدقات لأربع منهن، وثلاث لستٍّ، يقتَسِمْن الجميع أعشاراً.

وإن أسلم الكافر على امرأة وابنتها، وكان بعد الدخول، فهمـا محرّمتان. وإن لم يدخل بواحدة منهما اختار واحدة منهما في قول، وفارقهما جميعاً في ثان[2]، وتعينت البنت في ثالث وهو قول أشهب. فإن كان بعد وطءِ البنت تعيّنـت واندفع نكاح الأم. وإن كان بعد وطء الأم اندفع نكاح البنت وبقي نكاح الأم. وقيل: يندفع للعقد على البنت.

وإن أسلم على أختين، أو من أشبههما ممن لا يجوز الجمع بينهما، اختار واحدة وفارق من سواها.

---

(١) ان: سقطت من الأصل.

(٢) س: في قول ثان.

الفصـــل الثالـــث
فـــي الاختيـــار

ولا تخفى صرائح ألفاظه، ويلحق بها ما أفاد معناها. فلو طلق واحدة تعينت للنكاح، قاله ابن عَبْدُوس، وكذلك لو ظاهر، أو آلى، أو وطىء.

ولو قال: فسخت نكاحها، انفسخ نكاحها، لأنه أوقع بالفسخ عليها ألا تختار نكاحها.

ولو اختار أربعاً، فإذا هنّ أخوات، فقال ابن الماجشون: له تمام الأربع ممن فارق منهن ما لم يتزوجن. وقال ابن عبد الحكم: له ردهن وإن دخل بهن أزواجهن.

قال أبو الحسن اللخمي: يريد إذا اختار أربعاً، فوقع الفراق على البواقي باختياره الأربع، ولم يوقع على البواقي طلاقاً، ولو أوقع عليهن الطلاق لم يكن له رد فيمن طلق وإنْ لم يتزوجن إذا كان طلاقه قبل الدخول، أو بعد انقضاء العدة.

فــــرع:

لو أسلم على ثماني كتابيات، فأسلم أربع، ومات قبل التَّبْيِين، لا يوقف شيء من الميراث، لأنه ربما كانت المفارقات المسلمات، فلا يُتَيَقَّنُ حق الزوجية.

وكذلك لو كانت تحته كتابية ومسلمة، فقال: إحداكما طالق ومات، ولم يعيّن لم يوقف لهما ميراث على القولين جميعاً في إيقاع الطلاق من غير تعيين محله. أما على المشهور فلعدم أصل الحق، وأما على القول الآخر فللشك فيه.

الفصـــل الـرابـع
فـــي النفقـــة

وإذا تخلّفت ثم أسلمت لم تستحق نفقة لمدة التخلّف، لأن الامتناع منها. ولو سبقت ثم أسلم، فروى أصبغ عن ابن القاسم: أن لها النفقة في عدتها. وكذلك روى محمد قال: وذلك عليه، حاملاً كانت أو حائلاً، لأنَّهُ ممن له الرجعة لو أسلم في عدتها، بل إسلامه في العدة رجعة.

قال محمد بن أبي زمنين: وروى عيسى عن ابن القاسم: أنه لا نفقة عليه لها، لأنها منعته فرجها، وجاء الفسخ من قبلها، قال: وهي أحسن عند أهل النظر من رواية أصبغ.

الجنس الخامس من الموانع:

[١٣١/ ب] كون أحد الزوجين على حالة / يتضمن العقد معها جناية على حق غيره، وذلك نوعان:

الأول: ما يتضمن الجناية على حق الله عز وجل، وهو الإحرام.

فلا يجوز للمحرم بحج أو عمرة أن يباشر عقد النكاح على نفسه ولا على غيره، ولا أن يعقده له غيره، فإن عقده أو عقد له، فقال ابن حبيب: قال مالك وأصحابه: يفسخ وإن بنى وطال زمانه، ولو ولدت أولاداً.

وحكى الشيخ أبو القاسم في تأبيد التحريم عليه روايتين؟!.

قال ابن حبيب: واختلف في فسخه بطلاق. وقال محمد: قال مالك: يفسخ بغير طلاق، ثم قال: يفسخ بطلاق. وقال أشهب: يفسخ بغير طلاق، ولا ميراث فيه. ومذهب أشهب، أن كل ما يرى أنه وقت فسخه لا يقرّ، فهو فسخ بغير طلاق.

قال ابن حبيب: ولم يختلف بالمدينة أن النبي ﷺ «تزوج ميمونة[1] وهو حلال[2]» .

قال ابن القاسم في كتاب محمد: قال مالك: ومن نكح بعد رمي الجمرة قبل الإفاضة فسخ بغير طلاق. ثم رجع فقال: بطلاق. وقاله ابن القاسم.

ولو كان أفاض ونسي الركعتين، فإن نكح بالقرب فسخ نكاحه بطلقة، وإن تباعد جاز نكاحه.

ولو نسي الإفاضة وطاف للوداع وخرج وأبعد، ثمّ نكح، فالنكاح جائز لأنّ طواف الوداع يجزيه.

ومن أمر رجلاً أن يزوجه، ثم أحرم فزوجه بعد إحرامه، فسخ النكاح.

قال ابن القاسم: وإذا نسيت المرأة من الطواف الواجب شوطاً ورجعت إلى بلدها وتزوجت، فإنه يفسخ ولا صداق لها، إلا أن يبني بها، فلها المسمى. وترجع على إحرامها، فإذا فرغت، فإن كان بنى بها اعتمرت وأهدت. وتعتدّ بثلاث حيض.

النوع الثاني: ما تضمن الجناية على حق آدمي، وهو المرض.

فلا يجوز نكاح المريض المخوف عليه في الغالب، الذي لا يحتاج إلى استمتاع وقد انتهى إلى حالة[3] يحجر عليه في ماله، ويفسخ

---

(١) ميمونة بنت الحرث بن حزن، كان اسمها برة، فسماها النبي ﷺ ميمونة. كانت خالة ابن عباس، وقد زوجها العباس رسول الله ﷺ في شوال سنة سبع. توفيت في حياة عائشة سنة ٥١هـ. وقد بلغت ثمانين سنة. وهي آخر من تزوج ﷺ. (عيون الأثر: ٢/ ٢٨٧).

(٢) أخرجه الدارقطني كما جاء في القبس لابن العربي.

(٣) في الأصل وفي م: حاجة، والإصلاح من س.

إن وقع، وكذلك نكاح المريضة. وذكر عن مطرف أنه روى إجازة ذلك عن مالك جملة من غير تفصيل.

وإذا فرعنا على المشهور فصحَّ قبل الفسخ، ففيه روايتان:

روى ابن القاسم أنه صحيح لا يفسخ، وبذلك قال ابن الماجشون.

والرواية الأخرى أنه، يفسخ وإن صحّ، وهي إحدى الروايتين عن ابن القاسم وابن عبد الحكم.

وخرّج القاضي أبو محمد هذا الاختلاف على الاختلاف في أن فساده لحق الورثة، أو فساده في عقده. ثم مقتضى القول بأن فساده في عقده أن لا يصح النكاح وإن كانت الزوجة ممن لا ترث كالأمة، والنصرانية، ومقتضى كونه لحق الورثة، واعتبار ذلك أن يصح نكاحها نظراً لفقد العلّة، وهو قول أبي مصعب. وقال عبد الملك وغيره: لا يصح، طرداً للقاعدة، ولجواز تغير حالهما بالعتق والإسلام قبل موته.

التفريع:

إن صححنا نكاح المريض، على ما ذكر من رواية مطرف، لزم فيه الصداق من رأس المال. وإن أبطلناه، على المشهور، فإن لم يدخل فلا صداق لها، وإن دخل فلها الصداق في الجملة. لكن اختلف هل هو المسمى، أو صداق المثل إن كان أقل من المسمى؟ والأول قول / مالك [١٣٢/ أ] في المختصر وكتاب محمد وكتاب ابن حبيب.

وقال سحنون: إذا كان المسمى أكثر من صداق المثل، لم يكن لها إلا صداق مثلها في قول ابن القاسم.

وبنى بعض المتأخرين هذا الاختلاف على الخلاف في التوريث، قال: فمن ورّثها أسقط الزائد لأنها وصية للوارث، ومن لم يورّثها أثبته وجعله كالوصية لأجنبي.

ثم حيث أثبتنا الصداق اختلف في تبديتها بجملته، فقيل: تُبَدَّأُ به، لأنه على الجملة عن استهلاك. وقيل: لا تبدأ به، لأنه وصية محضة.

ثم يكون صداق المثل من الثلث. وحكى الشيخ أبو الحسن عن المغيرة أنه من رأس المال.

وقال الشيخ أبو عمران: أجمع أصحابنا أن صداق المريض لا يكون في رأس المال. وإنما ذكر الشيخ أبو الحسن شيئاً عن المغيرة أنه قال: ذلك في رأس المال. وقد رأيت كتب المغيرة، فذكر فيها أنه من الثلث، قال: وما أدري أين رآه أبو الحسن للمغيرة.

وقال الشيخ أبو الحسن: يكون ربع دينار من رأس المال، والباقي من الثلث.

قال بعض المتأخرين: فمن رأى أن البضع غير متقوّم، قال بالأول، ومن رآه متقوّماً كالسلع قال بالثاني. قال: وبنى الشيخ أبو الحسن على أنه غير متقوم، لكنه رأى أن الشرع قدر فيه ربع دينار لا ينقص عنه، تقديراً شرعياً، فيصير كالثمن المحقّق، فيخرج من رأس المال.

واستحسن أبو محمد عبد الحق قول الشيخ أبي الحسن في أن ربع دينار من رأس المال.

القِسمُ الرّابع مِن الكِتاب:

في مُوجبات الخيارَ

وأسباب الخيار ثلاثة: العيــب. والغــرر. والعتق.

السبب الأول: العيــب، والنظر في الموجِب والموجَب..

النظر الأول في الموجب. ويثبت الخيار لكل واحد من الزوجين بالعيوب الأربعة وهي: الجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج.

فالجنون: هو الصرع أو الوسواس الذي ذهب معه العقل.

والجذام: ما تُيقّن[1] منه، قليلاً كان أو كثيراً.

وقال في البرص: ما سمعت، إلا ما في الحديث، وما فرقَ بين قليل ولا كثير.

قال ابن القاسم: تردّ من قليله، ولو أحيط فيما خف منه أنه لا يزيد، لم ترد منه، ولكن لا يعلم ذلك فترد من قليله.

---

(١) س: يتَّقى.

وسوّى ابن القاسم وابن عبد الحكم بين الرجل والمرأة في الردّ بالبرص.

وروى أشهب أن برص الرجل لا يثبت به الخيار للزوجة وإن غرّها. وروي عن ابن القاسم أيضاً.

أما في حدوث البرص بالرجل، فلا خيار فيه لها وإن كان شديداً.

وروى عنه عيسى إذا حدث به البرص الخفيف فلا يفرق فيه. وأما ما فيه ضرر لا يصبر على المقام عليه، فليفرق بينهما.

وداء الفرج يتنوع، فهو في حق الرجل ما يمنعه أن يطأ كالجبّ والخصاء، والعنة، والاعتراض، وما في معناها.

فالمجبوب: هو المقطوع ذكره وأنثياه.

والخصيّ: هو المقطوع أحدهما.

والعنّين: هو الذي له ذكر لا يتأتى الجماع بمثله لِلَطافته، وامتناع تأتيّ إيلاجه.

والمعترض: هو الذي لا يقدر على الوطء لعارض، وهو بصفة من يمكنه، وربما كان بعد وطء قد تقدم منه، وربما كان عن امرأة دون أخرى.

[١٣٢/ ب] ففي / الجب والخصاء والعنّة يثبت لها الخيار، وكذلك إن كان الخصّي قائم الذكر يمكنه الوطء، إلا أنه لا ينزل، فلها الخيار. وكذلك في الحصور. قال ابن حبيب: وهو الذي يخلق بغير ذكر، أو بذكر صغير، كالزرّ وشبهه لا يمكن به وطء.

وأما في المعترض فيضرب له أجل سنة من يوم ترفعه إن كان حراً، وإن كان عبداً، فقال ابن القاسم في الكتاب[1]: أجله ستة أشهر.

وقال القاضي أبو محمد: في أجله روايتان: إحداهما سنة. والأخرى ستة أشهر، ويخلى بينه وبينها، والقول قوله إن ادعى الوطء في السنة.

وروى في البكر أن النساء ينظرن إليها، فإن قلن: بها أثر إصابة، فالقول قوله، وإن قلن: إنها على حال البكارة، صدقت عليه.

فإن مضت السنة وتقارّا على عدم الوطء، فالخيار حينئذ لها، وذلك إذا لم يكن منه وطء قبل الاعتراض، ولا يقبل قولها في دعوى ذلك إلا بتصديقه، ولها أن تستحلفه.

وكذلك لو ادعى الوطء في الأجل حلف وصدق، فإن نكل أحلفت، وثبت لها الخيار، وإن نكلت بطلت دعواها، ولا خيار لها.

وروى ابن حبيب: أنه لا يحلف إلا بعد ضرب الأجل ودعوى الإصابة، فإن نكل طلّق عليه عند انقضاء الأجل.

ثم حيث أثبتنا لها الخيار فأقامت عنده، ثم أرادت الفراق، ففي كتاب محمد: لها ذلك، وكذلك في رواية أبي زيد عن ابن القاسم في العتبية. واختلفا، فروى محمد: يوقف مكانه بغير ضرب أجل، وليس لها أن تفارق دون السلطان.

---

(١) المدونة: ٢/ ٢١١. كتاب النكاح الثاني، باب في عيوب النساء والرجال.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم: أن لها أن تطلق نفسها متى شاءت بغير إذن من السلطان.

فرأى في الأول أنه أمر مختلف فيه، فلا بد من حاكم يحكم بصحته. ورأى في الثاني أن الحاكم لما ضرب الأجل قد حكم بما يؤول إليه.

ثم الطلاق الواقع عليه بائن لتعرّي النكاح من الإصابة. ولا يقع عليه أكثر من طلقة واحدة، إلا أن يوقع هو أكثر، فيلزمه ما يوقع، لأنه يؤمر بإيقاع الطلاق عند اختيارها للفسخ، فيوقع منه ما شاء. فإن امتنع من إيقاعه أُوْقَع الحاكم عليه طلقة واحدة، وتقع بائنة لما ذكرناه.

وإذا وقع الطلاق بعد الأجل؛ فلها الصداق كله كاملاً إذا أقام معها سنة، لأنه قد تلوّم له، وقد خلا بها، وطال زمانه، وتغير صبغها، وخلعت ثيابها، وتغير جهازها عن حاله، وتلذذ منها، قاله في الكتاب.

وقال القاضي أبو محمد: في تكميل الصداق روايتان: إحداهما: أنه يكمل، والأخرى: أنه إن طال مقامه معها وتلذذه بها واستمتاعه بها استمتاع مثله بما يمكنه كمل عليه، وإن كان لحداثة دخولها عليه ولم يطل أمرها معه لزمه نصفه.

قال القاضي أبو إسحاق: هذا موضع الاجتهاد، إذ النصّ في كتاب الله تعالى المسيس، وقد أقرّ الزوجان بأنه لم يكن.

ثم ألحق المعترض بالمجبوب بعلة أنه خلا بزوجته، وأغلق باباً، وأرخى ستراً وكشفها، وتلذذ منها / أقصى ما يمكن من الاستمتاع بها، [١٣٣/ أ] قال: فيجب عليه الصداق كاملاً إذا طلق بعد ذلك، وحمل قوله تعالى: ﴿ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾(١) على من يقدر على المسيس، دون من لا يقدر عليه.

(١) الأحزاب: ٤٩.

قال: وهذا في هذه الزوجة المضروب له الأجل معها، كالمجبوب مع زوجته في عدم القدرة على المسيس.

أما داء الفرج في حق المرأة، فقال ابن حبيب: تفسيره ما كان في الفرج مما يقطع لذة الوطء، مثل العفل[1] والقرن والرتق.

وقال القاضي أبو محمد: داء الفرج هو القرن والرتق، وما في معناهما.

وزاد الشيخ أبو القاسم في تفريعه البخر، والإفضاء، وهو أن يكون المسلكان واحداً[2].

وروى ابن المواز عن مالك: إن كل ما يكون عند أهل المعرفة من داء الفرج، فإن للزوج الردّ به وإن لم يمنع الوطء، مثل العفل القليل والقرن، وحرق النار.

قال: والمجنونة والجذماء والبرصاء يقدر على وطئها، ومع ذلك فللزوج ردها.

قال ابن حبيب: ويثبت الخيار بالقرع الفاحش لأنه من معنى الجذام والبرص. قال القاضي أبو الوليد: ولم أر ذلك لغيره من أصحابنا. قال: والأظهر من المذهب أنه لا يُثبِتُ الخيار، لأنه مما يرجى برؤه في الأغلب ولا يمنع المقصود من الاستمتاع، ولا يؤثر فيه كالجرب ونحوه.

ولا يثبت الخيار بشيء من العيوب سوى ما تقدم ذكره، إلا أن يشترط السلامة منه كالعمى، والعور، والعرج، والزمانة، ونحو ذلك من العاهات، فإن اشترط الصحة، فله الردّ، وإلا لم يردّ.

---

(١) العفل: لحم ينبت في قبل المرأة، وقيل: غلظ في الرحم ولا يكون في الأبكار ولا يصيب المرأة إلا بعد أن تلد. (اللسان: عفل).

(٢) التفريع: ٢/ ٤٧، كتاب النكاح، باب العيوب في النكاح.

قال الشيخ أبو محمد: ولو كتب في العقد: صحيحة العقل والبدن، لم يكن ذلك شرطاً. قال: ولو قال: سليمة البدن، لكان شرطاً.

قال بعض المتأخرين: إنما فرّق بينهما، لأن الأول عادة جارية من تلفيف الموثقين، ولم تجر العادة بالثاني.

وكذلك لو وجدها لَقِيَّةً، لم يكن له ردّها، إلا أن يتزوجها على نسب.

وكذلك إن وجدها مفتضة من زنى، فلا شيء له، رواه ابن حبيب عن مالك. قال ابن حبيب: إلا أن يشترط الخاطب لنفسه في ذلك، فيكون له. إلا السوداء فإنه يكون ذلك له وإن لم يشترطه إذا لم يكن في أهلها أسود، لأن ذلك كالشرط. قال القاضي أبو الوليد: ويجب على هذا أن يعلم الزوج بذلك، ويتزوج على أن أهلها لا أسود فيهم، وإلا فليس في معنى الشرط.

فــروع:

الأول: إذا ادّعى الزوج أن بالمرأة عيباً في الفرج وأنكرته، ففي كتاب ابن حبيب: ينظر إليها النساء.

وروى سحنون: عن ابن القاسم: لا ينظر إليها النساء. وأنكر سحنون ذلك عليه، وقال: كيف يعرف إلا بنظرهن؟.

وروى ابن سحنون عن أبيه: ينظر إليها النساء.

الفرع الثاني: إذا ادعت [هي][1] عليه فأنكر، فقال ابن حبيب: أما الحَصور[2] والمجبوب الممسوح ذكره وأنثياه، أو ذكره خاصة، أو أنثياه خاصة، فهذا يختبر بالجسّ على[3] الثوب.

---

(١) هي: سقطت من الأصل.

(٢) الحصور: الممنوع من النساء، أو من لا يشتهيهن ولا يقربهن. (ترتيب القاموس المحيط: حصر).

(٣) في الأصل: عن.

وأمَّا دعواها أنه عنّين، وهو الذي ذكره لا ينتشر، وهو كالأصبع في جسده لا ينقبض ولا ينبسط، أو معترض، وأنكر، فهو مصدق. قاله مالك وعبد العزيز لما نزلت / بالمدينة. [١٣٣/ ب]

الفـرع الثالـث: إن العيب المقتضى للخيار، هو الموجـود حالة العقد، فأما ما طرأ بعد العقد، فلا يؤثر في ثبوت الخيار للرجل، وفي تأثيره في ثبوته للمرأة خلاف بالنفي والإثبات في العيوب الأربعة، وينفرد البرص بزيادة مذهبين آخرين.

أحدهما: اختصاص التأثير بما يخاف تناميه منه دون ما لا يخاف ذلك فيه.

والثاني: اختصاص التأثير بالكثير منه دون اليسير.

الفـرع الرابـع: إذا ظهر بعد مدة من حيـن عقد النكاح على عيب بها، فتداعيا في أنه كان موجوداً حالة العقد، فالبينة على الزوج. فإن لم تكن للزوج بينة، فروى ابن حبيب عن مالك: إن كان الوليّ أباً أو أخاً، فعليه اليمين، وإن كان غيرهما، فاليمين عليها، فجعـل محل اليمين محل الغرم.

النظر الثانـي: **فـي حكم الخيـار**: وإذا فسخ من له الخيار ووقع الطلاق.

والنظر بعد ذلك في سقوط المهر والرجوع، فيسقط إن كان الفراق قبل المسيس. ويثبت إن كان بعده على التفصيل المتقدم.

ثم إن كان العيب بها، فللزوج الرجوع بالصداق جميعه على الوليّ إن كان قريباً لا يَخفى عليه مثل ذلك، كالأب والأخ ونحوهما، لأنه الغارّ، ثم لا رجوع للوليّ على الزوجة بشيء. وإن كان الوليّ بعيداً

يخفى عليه مثل ذلك كابن عم، أو مولى ونحوه، رجع الزوج على المرأة بالصداق، لأنها هي الغارّة، وترك لها منه ربع دينار لاستباحة فرجها.

فــرع:

الأول: لو كان الوليّ القريب غائباً عنها غيبة طويلة بحيث يعلم أنه يخفى عليه خبرها، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم عن مالك أنه لا غرم عليه، وإنما الغرم على المرأة. زاد ابن حبيب عن ابن القاسم: بعد أن يحلف بالله أنه ما علم.

وروي عن أشهب: أن ذلك على الوليّ وإن كان غائباً لا يعلم.

وحكى بعض المتأخرين في رجوعه على الزوجة بعد استحلافه للوليّ على العلم قولين.

الفـرع الثانـي: إذا كان الوليّ من ظاهره أنه لا يعلم ما بها من ذلك كابن العم والمولى والرجل من العشيرة، فلا غرم عليه ولا يمين، قاله ابن المواز.

وقال ابن حبيب: إن اتهم أنه علم حلف، وإلا فلا شيء عليه، وتردّ المرأة من الصداق ما أخذته، سوى ربع دينار.

قال ابن حبيب: وإنما يرجع إليها بالعين الذي دفعه إليها دون الجهاز.

الفـرع الثالـث: إذا أرجعنا الزوج على الوليّ القريب، حيث قلنا: يرجع عليه، فكان فقيراً، ففي رجوعه على المرأة إن كانت موسرة أو أيسرت قبله خلاف ينبني على أن كل واحد منهما غارّ، أم لا؟.

الفـرع الرابـع: إذا فارق الزوج ثم اطلع على عيب بالمرأة يوجب الخيار، أو خالعت هي، ثم اطلعت على عيب به يثبت لها الخيار، فلا

رجوع على المعيب منهما بما أخذ، ويغرم الزوج الصداق لها إن كان لم يدفعه حتى طلق.

ولو مات أحدهما قبل الفراق وعُلم العيب توارثا، والصداق لها، قاله مالك في الواضحة وكتاب محمد، ورواه ابن القاسم عنه أيضاً في العتبية.

وقال سحنون: يرجع الزوج [على][1] / من غره بالصداق، وإن غرته هي رجع عليها. قال: وكذلك لو غرها من نفسه بعيب فخالعته ثم علمت، لرجعت عليه بما أعطته. [١٣٤/ أ]

السبب الثاني للخيار: الغرور، وفيه نظران:

الأول: في حكم الغرور، وصورته، وثبوت الصداق وسقوطه، فنقول:

إذا قال العاقد: زوجتك هذه المرأة المسلمة، فإذا هي كتابية، أو هذه الحرة، فإذا هي أمة، انعقد النكاح، وثبت الخيار للزوج، فإن أمسكها لزمه المسمى، وإن اختار فراقها ففارقها، فلا مهر لها عليه إن كان الفراق قبل أن يبني بها، وإن كان بعد البناء فلها المسمى، إلا أن يزيد على صداق المثل، فلتردّ ما زاد. فإن نقص المسمى عن صداق المثل، فقال ابن القاسم في غير الكتاب: على الزوج إتمامه. وقال أشهب: لا شيء عليه فيما نقص عن ذلك، فيكون لها عنده الأقل. وقال غيرهما: ليس لها إلا ربع دينار.

فـروع:

الأول: لو ادعى الزوج الغـرور، وأنكره السيّد، فقال أشهب: القول قول الزوج.

---

(١) على: ساقطة من الأصل.

وقال سحنون: القول قول السّيد، لأن الأب مدّع لحرية ولده، وهو ولد أمة.

الفـرع الثانـي: إذا تزوج الحرّ امرأة، ولم يشترط الحرية فيها، فله الخيار إذا ظهر أنها أمة.

قال أصبغ في العتبية: ولو أقرّ الآن أنه نكحها عالماً بأنها أمة، وقد فشا أنها غرته من الحرية، والسماع على ذلك أو الشك، فلا يصدق على ذلك الأب على ما يدفع عن نفسه من غرم قيمة ولده، ويريد من إرقاقهم.

الفرع الثالث: من تزوج نصرانية ولم يعلم، فلا حجة له في ذلك حتى يشترط أنها مسلمـة، أو يظهر أنه تزوجها على أنها مسلمة لما كان يسمع منها، فيكون منها الكتمان وإظهار الإسلام، فهذا كالشرط.

وأمَّا المسلم يغرّ النصرانية فيقول لها: إني على دينك، فتزوجته، ثم علمت، فقال مالك: لها الخيار، لأنه غرّها، ومنعها من كثير، من شرب الخمر وغيره.

النظر الثاني: في حكم الولد إذا جرى التغرير بالرقّ، وله أحكام:

الأول: أنه إذا غرّ الحرّ بحرية أمة فأحبلها، انعقد الولـد على الحرية لدخوله على الحرية.

وأما العبـد فيكون ولده رقيقاً، إذ لا بد أن يتبع أحد أبويه، ثم يرجع العبد على من غره بالصداق، ثم لا رجوع للغارّ عليها، فإن لم يكن غارّ، رجع عليها بالفضل على صداق مثلها، لحجته أنه رغب في حرية ولده. وهذا إن شرط أنها حرة، أو ظهر وجه علم به أنه عمل على أنها حرة، وإلا فلا يرجع بشيء من الصداق، بخلاف الحر لا يشترط حريتها ثم تبين أنها أمة.

وقيل: يكون ولد العبد حراً كولد الحر لشرطه.

الثاني: تجب قيمة الولد على الزوج لسيد الأمة، لأن الرق في الأم يوجب رق الولد واندفاعه بظنه، فهو السبب في عتقه.

وإنما تجب القيمة إذا كان يوم الحكم حياً فتكون عليه قيمته حينئذ. وانفرد المغيرة فقال: يقوّم يوم الولادة. فإن مات الولد قبل الحكم، أو وضع ميّتاً بغير جناية، فلا قيمة على أبيه، لأنه إنما / يدفع [١٣٤/ ب] القيمة لثبات حريتهم ودفع سيد أمهم.

فأما إن قتل الولد، فعلى أبيه الأقل من القيمة، أو الدية، لأن الدية عوض العين الفائتة، فتكون كقيام العين، وليس له سواها.

وكذلك إن طرح مجتناً بجناية أوجبت فيه الغرة، فعلى الأب عشر قيمة الأمّ للسيد، إلا أن يزيد ذلك على ما سلم له بالإرث من الغرة فلا يلزمه سوى ما سلم له بالإرث منها.

ولو جنى على الولد جناية دون النفس تزيد ديتها على قيمته لكان الفاضل عن القيمة للولد.

الثالث: إذا كان الأب عديماً أخذت القيمة من الولد. وقال غير ابن القاسم: لا يتبع الولد بشيء.

فرأى ابن القاسم أنه كمن تعدى على مال لغيره فوهبه لرجل، وتلفت الهبة، فإن رب المال يرجع على الموهوب بالقيمة إن كان الواهب عديماً.

الرابع: لو كانت الأمة لمن يعتق عليه الولد، كالجدّ مثلاً، لم تَجِبْ لَهُ قيمة في الولد إذ ليس له فيه شبهة رق يتعلق بها، إذ لو ملكه لعتق عليه، ولا يكون للجد في هذا الولد ولاء، لأنه لم يتقرّر فيه رق ثم طرأت عليه الحرية.

السبب الثالث للخيار: العتــق، وفيه مسائـل:

الأولى: أنها إن عتقت تحت حـرّ فلا خيار لها، وإن عتقت تحت عبـد فلها الخيار.

وإنما يثبت لها الخيار إذا أعتق جميعها بتْلًا[1]. فلو عتق بعضها بتلًا، أوجميعها إلى أجل، أو دبرت، أو كوتبت، أو صارت أم ولد لم تختر.

الثانية: لو عتقت، ثم عتق الزوج بتلًا قبل أن تختار، فلا خيار لها، كما لو عتقا معاً في كلمة واحدة.

الثالثة: إذا طلقها الزوج قبل الفسخ طلاقاً رجعيّـاً فلها الخيار، فإن كان بائـناً فلا معنى للخيار معه.

الرابعة: إذا عتقت قبل المسيس، واختارت الفراق، فلا صداق لها، ويردّه السيد إن قبضه، إذ الفسخ من قبلها، فإن كان عديماً حينئـذ فهل يسقط خيارها، لأن ثبوته يؤدي إلى إسقاطه وإبطال سببه، أو يثبت الخيار، ثم تباع في الصداق نظراً إلى موجب الأحكام، أو يثبت لها الخيار ولا تباع في الصداق، لأنه دين طارىء باختيارها، فلا يرد العتقَ المتقدّمَ عليه؟ ثلاثة مذاهب.

ولها المسمّى بعد البناء أقامت أو فارقت، ويتبعها كمالها، إلا أن يكون السيد قبضه أو اشترطه، ولو كان تفويضاً ففرض لها بعد العتق، فهو لها دون السيد لأنه شيء لم يلزم الزوج قبل ذلك إن طلق أو ماتت.

الخامســة: إنها حيث ثبت لها الخيار فاختارت الفراق، كان طلاقاً لا فسخاً، كسائر المواضع التي تخير المرأة فيها في الفراق، كالتي تخير من أجل عيب زوجها، أو إعساره بالنفقة وشبه ذلك.

---

(١) البتل: الحق، يقال: صدقة بتلة أي منقطعة عن صاحبها كما يقال: بتة أي قطعها من ماله ـ وأعطيته عطاء بتلاً: أي منقطعاً. (اللسان: بتل).

ثم محمل اختيارها على طلقة واحدة، فإن قضت بأكثر منها، ففي لزوم ما قضت به والاقتصار على الواحدة دون الزائد روايتان. قال الشيخ أبو محمد: رجع مالك إلى إلزام جميع ما قضت به لحديث زبراء[1].

وحيث قلنا بالرواية الأخرى، أو اقتصرت على واحدة، فهي بائنة / [١٣٥/ أ] قاله في الكتاب[2].

وقال في مختصر ما ليس في المختصر: له الرجعة إن عتق في العدة.

فــــرع:

إذا ثبت لها الخيار في حال الحيض أمرت بالتأخيـر إلى زمان طهرها، فإذا طهرت أوقعت إن شاءت.

ويترتب على هذا النوع فرعان:

الأول: إذا وقفت عن الاختيار انتظاراً للطهر فعتق الزوج قبل أن تطهر، فقال ابن القاسم في العتبية: هي على خيارها.

قال أبو الحسن اللخمي: وفي هذا نظر، والصواب أن لا خيار لها، لأنها زوجةٌ بَعْدُ حين أعتق[3].

الفرع الثانـي: أنها لو بادرت فاختارت وهي حائض، فأما على القول بأن الطلقة بائنة، فيمضي الطلاق.

---

(١) زبراء: مولاة علي بن أبي طالب. انظر المدونة: ٢/ ١٨٣. كتاب النكاح، باب في النكاح الذي يفسخ بطلاق وبغير طلاق.

(٢) المدونة: ٢/ ١٨٣. كتاب النكاح، باب في النكاح الذي يفسخ بطلاق وغير طلاق.

(٣) م: أن لا خيار، لأنها زوجة بعد حين أعتقها. س: لأنها زوجته بعد حين أعتق.

قال بعض المتأخرين: وأما على القول بأنها رجعية، فينبغي ألا يمضي، لأن حكم الرجعية أن يجبر الزوج.

وتردد أبو الحسن اللخمي في هذا، لأن الطلاق ليس بيد الزوج، وإنما هو حق عليه فيشكل صحة رجعته، أو جبره عليها.

المسألة السادسة:

إنه حيث ثبت[1] لها الخيار فيسقط بأن تصرح بإسقاطه، أو تفعل ما يدل على ذلك من التمكين من الوطء، أو ما في معناه، هذا إذا مكنت عالمة بالعتق والحكم. فإن مكنت جاهلة بالعتق، فلها القيام بلا خلاف. وإن كانت جاهلة بالحكم خاصة فالمشهور سقوط خيارها. والشاذ ثبوته. قال بعض المتأخرين: وهو الصحيح، قال: وقد علل القاضي أبو الحسن سقوط الخيار باشتهار الحكم بالمدينة[2] حتى لم يخف عن أمة. قال: وعلى ذلك تكلم مالك، وإلا فإذا أمكن أن تكون جاهلة، فتمكينها لا يسقط ما وجب لها من الخيار.

فروع:

الأول: إذا أعتقت وهو غائب، فاختارت نفسها، فثبت أنه عتق قبل أن تختار، بطل اختيارها، ولو تزوجت فهل يكون تزويجها مفيتاً؟ أجراه بعض المتأخرين على ثلاثة أقوال: قال: كحكم المفقود تتزوج زوجته ثم يقدم.

الفرع الثاني: في التداعي بينهما.

فإذا اختلفا في المسيس، فإن أنكرت الخلوة، كان القول قولها مع يمينها، وإن اعترفت بالخلوة كان القول قوله مع يمينه. وإن تصادقا على

---

(١) س: يثبت.

(٢) م، س: في المدينة.

المسيس واختلفا هل كان بطوعها أو كانت مكرهة، كان القول قوله. وإن تصادقا على المسيس والطوع واختلفا هل علمت بالعتق؟ كان القول قولها. قال محمد: بغير يمين.

الفـرع الثالـث: إذا عتقت قبل الدخول، فلم تعلم حتى بنى بها، فلها الأكثر من المسمى، أو صداق المثل على أنها حرة. وإن كان العقد فاسداً، كان لها صداق حرة، قولاً واحداً. وإن كان العقد صحيحاً وعلمت بالعتق وبالحكم ثم بنى بها، لم يكن لها إلا المسمى.

القسم الخامس من الكتاب:

في فصول متفرقة شذّت عن الضوابط

وهي سبعة:

الفصـــل الأول

فيمـا يحـل للـزوج

ويحل له كل استمتاع إلا الإتيان في الدبر.

قال الأستاذ أبو بكر: ليس تحليله بمذهب لنا، بل هو حرام. ثم ذكر ما يحكى من نسبته إلى مالك رضوان الله عليه في كتاب نسب إلى مالك يسمى بكتاب السرّ، ثم أبطل نسبة / الكتاب المذكور إليه، وقد [١٣٥/ ب] تقدم إبطال نسبة هذا الكتاب الذي يسمى بكتاب السر إلى مالك رضوان الله عليه في كتاب الطهارة من هذا الكتاب بما يغني عن إعادته. بل قد نص مالك رضي الله عنه على تكذيب من نسب هذا القول إليه، فروى يونس بن عبد الأعلى[1] عن ابن وهب أنه قال: سألت مالك بن أنس، فقلت: إنهم قد حكوا عنك أنك ترى إتيان النساء في أدبارهن. فقال: معاذ الله، أليس أنتم

---

(١) يونس بن عبد الأعلى الصدفي أبو موسى المصري روى عن الوليد بن مسلم وابن وهب وغيرهما. توفي سنة ٢٦٤ هـ. (ابن حجر، تهذيب: ١١/٤٤٠).

قوماً عرباً؟، فقلت: بلى. قال: قال الله جل ذكره: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾[1] وهل يكون الحرث إلا في موضع الزرع، أو موضع المنبت.

وكذلك روى الدارقطني عن رجاله عن إسرائيل بن روح أنه قال: سألت مالكاً فقلت: يا أبا عبد الله، ما تقول في إتيان النساء في أدبارهن؟ فقال: أما أنتم عرب؟ هل يكون الحرث إلا في موضع الزرع؟ أما تسمعون الله يقول: ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾. قائمة وقاعدة وعلى جنبها، لا يعدّى الفرج. فقلت: يا أبا عبد الله إنهم يقولون: إنك تقول بذلك. قال: يكذبون عليّ، يكذبون عليّ، يكذبون عليّ.

وروى الدارقطني أيضاً عن رجاله عن محمد بن عثمان أنه قال: حضرت مالكاً وعليّ بن زياد يسأله، فقال: عندنا يا أبا عبد الله قوم بمصر يحدثون عنك أنك تجيز الوطء في الدبر. فقال: كذبوا عليّ عافاك الله.

فهذا مالك رضوان الله عليه قد صرح بكذب الناقل عنه في ثلاث روايات، فكيف تحلُّ نسبته إليه بعد ذلك؟!.

ولا يجوز العزل عن الحرة إلا بإذنها، ولا في الأمة الزوجة إلا بإذن أهلها، ولا يعتبر إذنها، ولا خلاف في جوازه بالسُّرِيَّةِ من غير إذنها.

ثم الإتيان في الدبر في معنى الوطء في كثير من الأحكام كإفساد العبادات، ووجوب الغسل من الجانبين، ووجوب الكفارة والحدّ، ووجوب العدّة، وحرمة المصاهرة، ولا يتعلق به التحليل ولا الإحصان، واختلف في تكميل الصداق به.

---

(١) البقرة: ٢٢٣.

الفصـــل الثـانـي
فـي وطء جاريـة الابـن

وهو حرام، لكن له في مال ابنه شبهة وجوب الإنفاق وفـاقاً، ووجوب الإعفاف على قول كما سيأتي، فيسقط الحدّ، وتحرم على الابن بالمصاهرة، ويثبت النسب، وينعقد الولد على الحرّيّة، وتصير مستولدة له، بل ينتقل الملك إليه بمجرد الوطء، وتثبت القيمة للولد من غير خيار له في ذلك.

وقال عبد الملك وابن عبد الحكم: للابن التماسك في عسر الأب ويسره ما لم تحمل، إذا كان الابن مأموناً على غيبته عليها، ولا يسقط الأرش، فإن كانت الجارية موطوءة للابن ملكها الأب بالاستيلاد، ولكن يحرم عليه وطؤها لوطء الابن لها، فتعتق عليه لتحريم الوطء.

الفصـــل الثـالـث
فـي إعفـــاف الأب

والنصّ من صاحب المذهب على عدم الوجوب.

وحكى بعض المتأخرين: أن أحد قولي الأصحاب الوجوب[1]، فإن فرعنا عليه وجب على الابن أن يعف أباه / الفاقد للمهر، المحتاج إلى [١٣٦/ أ] النكاح.

---

(١) القاعدةالتاسعة والستون من قواعد الونشريسي نصها:
«النكاح من باب الأقوات أو من باب التفكهات» قال: وعليه تزويج الوالد على ولده إن احتاج.
ونصها عند المقري: «اختلف المالكية في كون الزوجة من باب الأقوات أَوْ من باب التفكهات، أي أهو من الحاجيات أو الكماليات؟». (إيضاح المسالك: ٢٨٧ والهامش ١).

الفصــل الـرابــع
في تزويج الإماء وحكمه في الاستخدام والنفقة والمهر

أما الاستخدام فلا يبطل بالتزويج، ولكن يحرم الاستمتاع، فللسيد أن يستخدمها ويأتيها زوجها عنده، وليس على السيد أن يبوّئها معه بيتاً، إلا أن يشترط ذلك، فإن تشاحا، ولم يكن بينهما شرط، حملا على العرف في ذلك. وقال ابن الماجشون: ترسل إليه ليلة بعد ثلاث، ويأتيها هو في ما بين ذلك عند أهلها.

وللسيد المسافرة بها، ولا يمنع الزوج من الخروج ليصحبها.

واختلفت الرواية في إلزامه نفقتها، فروي أنها تلزمه. وروي أنَّها لا تلزمه. وروي تخصيص إلزامه بأن تبوأ معه بيتاً. وروي تخصيصه بكونها تبيت عنده وإن كانت[1] نهاراً عند أهلها. وقال عبد الملك: ينفق عليها حين تأتيه، ولا نفقة عليه حين تكون عند أهلها.

واستحب مالك ألا ينكح العبد حتى تشترط النفقة عليه بإذن سيده.

وحيث قلنا بلزوم النفقة للزوج، فمهما سافر بها السيد سقطت نفقتها.

والمهر للأمة مال من مالها ما لم ينتزعه السيد.

ولو قتلها السيد لم يلزم المهر. وكذلك لو قتلها أجنبي أو ماتت.

وكذلك الحرة لو ماتت، أو قتلها أجنبي، أو قتلت هي نفسها، فلا يسقط المهر بشيء من ذلك.

قال محمد: وقال فيمن زوج أمته بمائة دينار، ثم قتلها السيّد قبل أن يبني بها الزوج: إن له أن يأخذ من الزوج المائة، ويضرب السيد مائة ويحبس عاماً.

(١) س: كان.

وإذا باع السيد الأمة لم ينفسخ النكاح، وسلم المهر للبائع كسائر مالها، إلا أن يشترطه المبتاع. وحيث لم يشترطه فليس للبائع حبسها لأجل تسليم الصداق إذْ لم يبق له فيها تصرف، ولا للمشتري أيضاً حبسها لذلك، إذ لا مهر لها فيستفيد الزوج بالبيع سقوط حق السيد من منع تسليم الزوجة.

ولو زوج أمته من عبده، فلا بد من مهر ولو أقلّه.

ولو قال لأمته: أعتقتك على أن تنكحيني، لم يلزمها الوفاء.

ولو أتلفت امرأة عبداً على رجل فنكحها بالقيمة المجهولة، فسخ نكاحه قبل الدخول، وفي فسخه بعده خلاف.

ولو قالت السيدة لعبدها: أعتقتك على أن تنكحني، عتق، ولم يلزمه أن ينكحها.

الفصل الخامس

في تزويج العبد

ولا ينكح إلا بإذن سيده، فإن عقد من غير إذنه صحّ، ثُمّ للسيد أن يطلق عليه، بخلاف الأمة توكل من يعقد عليها من غير إذن أهلها، فإن عقدها باطل، ولا يصح بإجازتهم له.

وروي أن للسيد فسخه وتركه كنكاح العبد، وهي شاذة.

والمهر والنفقة لازمان له، ومتعلقان بما يتحصل في يده مما ليس من خراجه، ولا من كسبه. ولا يكون السيد ضامناً للمهر بمجرد الإذن في عقد النكاح.

فرع:

إذا ملكت الحرة زوجها قبل المسيس سقط المهر جميعه. فإن اشترته بالصداق / الذي ضمنه السيد، فإن ظهر قصد السيد بذلك إلى إفساد [١٣٦/ ب]

النكاح لم يصحّ هذا الفعل وإن لم يظهر قصده إلى ذلك صح وانفسخ، وبقي ملكاً لها، إن كان دخل بها، وإن لم يكن دخل بها عاد إلى ملك سيده.

الفصل السادس

في النزاع

ودعوى الزوجية صحيح من الزوجين، ولا يمين على المنكر منهما، إذ لا يقضى عليه بنكوله، ولو أتى أحدهما بشاهد واحد، ففي تعلق اليمين بالآخر لأجل الشاهد خلاف.

ثم إن نكلت المرأة لم يثبت النكاح، ولا تحبُس، وإن نكل الزوج غرم الصداق.

وروى أصبغ عن ابن القاسم فيمن ادعى على امرأة أنها زوجته، فأنكرت، فلا تؤمر بانتظاره، إلا أن يدعي بينة قريبة لا يضر بالمرأة، ويرى الإمام لِمَا ادّعى وجهاً. فإن أعجزه، ثم جاء ببينة بعد ذلك وقد نكحت أو لم تنكح، قال: قد مضى الحكم.

قال في كتاب محمد: ومن ادعى نكاح ذات زوج أنه تزوجها قبله، وأتى بشاهد، فليعزل عنها الزوج ليأتي هذا بشاهد آخر إن ادعى أمراً قريباً، فإن لم يصحّ له شاهد لم يلزم واحداً من الزوجين يمين.

قال أصبغ: قال أشهب: من أقام بينة أن هذه امرأته فأنكرته، وأقامت بينة أن فلاناً زوجها، وفلان منكر، ولم يؤقتا تاريخاً، وهم عدول، قال: لا ينظر إلى التكافؤ في العدالة، وأفسخ النكاحين.

وقاله أصبغ ما لم يقع الدخول بأحدهما.

قال محمد: وذلك أنه أقرت له المرأة وهو منكر.

وقال أصبغ في الواضحة عن أشهب: فإن دخل بها أحدهما قبل

الفسخ كانت زوجته، وقيل للآخر: أقم البينة أنك الأول.

قال أشهب: ومن أقام بينة أنه تزوج فلانة، وهي تنكر، وأقامت أختها البينة أن هذا الرجل تزوجها وهو منكر، ولم يؤقتوا، فإن النكاحين يفسخان، ولا ينظر إلى التكافؤ.

قال: وكذلك لو شهدت كل بينة قبل البناء لفسخا، ولهما الصداق.

قال محمد: وهذا لإنكاره نكاح الأخرى، ولو كان مقرّاً، ويدعي أنها الأخيرة لقبلتُ قولَه، لأن البينة لا تكذبه، ولا ينفع التي تزعم أنها الأولى جحودها، لأن البينة أثبتت نكاحها، قال: وهذا تقوية للمسألة الأولى حين ذكر عنه أنه جعل الإقرار كالإنكار.

وفي العتبية: من زوج ابنته البكر، لا ولد له غيرها، ثم مات، فأنكرت أن تكون ابنته، وقالت: كنت يتيمة عندهُ، ولا بينة للزوج على عينها إلا سماعاً أنه زوّجه ابنته، ولا تثبتها البينة، أو لها إخوة غير عدول شهدوا عليها، وكيف إن رجعت عن ذلك؟ قال: لا يلتفت إلى قولها، وقول الأب عليها جائز، ونسبها لاحق، وميراثها واجب، والنكاح لها لازم.

قال في كتاب ابن المواز: ومن زوّج وليته وقال: هي أمرتني، فأنكرت، فلتحلف: ما أمرت ولا رضيت، ويسقط عنها النكاح.

فــــرع:

روى ابن القاسم في كتاب محمد: قال مالك في / المرأة البكر لا [١٣٧/ أ] تعرف فلتكشف لمن يشهد على رؤيتها إذا زوّجها وليّها.

قال محمد: وعلى قولها إن كانت ثيباً، وعلى صمتها إن كانت بكراً. ثم تزوج تلك التي عاينوا، أو شهدوا على عينها.

قال ابن القاسم في العتبية: قال مالك[1] وإن لم يعرفها الشاهدان.

وإذا ادعت المرأة النكاح على ميت، وأقامت شاهداً واحداً، فقال ابن القاسم: تحلف معه وترث. ووقف عن ذلك أصبغ. وقال أشهب: لا ترث حتى يصح النكاح. وقاله ابن القاسم أيضاً.

وسبب الخلاف أنها شهادة على ما ليس بمال تؤدي إلى مال.

ولو أقرّ الزوج في صحته بزوجته، ثم مات، ورثته بذلك الإقرار إن كان طارِئاً. وفي إرثها له بذلك إن لم يكن طارئاً خلاف، إلا أن يكون معها ولد أقرّ أنه ولده، فإنه يلحق به وترثه هي حينئذ.

وكذلك لو أقرّ بوارث غير الزوجة لجرى الخلاف فيه. وسببه فيهما، هل الإقرار بهما كالإقرار بالمال أم لا؟.

وإقرار أبي الصبي وأبي الصبية بالنكاح بينهما مقبول عليهما، ملزم لهما العقد، كإقرارهما بعد البلوغ على أنفسهما.

ومن احتُضر فقال: لِيَ امرأة بمكة، سماها، ثم مات، فطلبت ميراثها منه فذلك لها.

وكذلك لو قالت امرأة: زوجي فلان بمكة، فأتى بعد موتها، ورثها بإقرارها ذلك.

وإذا قال الرجل لامرأة، ألم أتزوجك أمس؟ فقالت: بلى. ثم جحد الزوج، فهذا إقرار.

ولو قال لها: قد تزوجتك أمس، أو قال: أليس قد تزوجتك أمس؟ أو قال: أَوَما تزوجتك أمس؟، فقالت: بلى، ثم جحد الزوج، فهذا إقرار.

---

(١) قال مالك: ساقطة من س.

ولو قال لها: قد تزوجتك أمس، فأنكرت، ثم قالت: بلى، قد تزوجتني، فقال هو: ما تزوجتك، فلا يلزمه النكاح بهذا.

ولو قالت امرأة لرجل: قد طلقتني، أو قد خالعتني، وهما طارئان، فهو إقرار منها بالزوجية.

وكذلك لو قال الزوج: اختلعت منّي. أو قالت هي: طلّقني، فقال ابن عبد الحكم: أو قالت له: خالعني، أو راجعني من طلاقك إياي، أو قد طلقتني اليوم، فهذا إقرار منها بأنها زوجته.

قال ابن سحنون: وإن قال لها: اختاري، أو أمرك بيدك في الطلاق، فهو إقرار بالنكاح.

وإن قال لها: أنت حرام، أو بائنة، أو بتة، فليس بإقرار بالنكاح، لأن الأجنبية عليه حرام، إلا أن تسأله الطلاق، فيجيبها بهذا، فهو إقرار بالنكاح في إجماعنا.

قال: وكذلك لو قال لها: أنا منك مظاهر، بخلاف قوله: أنت عليّ كظهر أمي.

وإذا ادعى رجلان نكاح امرأة، وأقام كل واحد منهما البينة على أنه نكحها، ولم يُعلَم الأولُ منهما، والمرأة مقرّة بأحدهما أو بهما، أو منكرة لهما، فإن عُدِّلت البينتان فسخ النكاح، وكانت طلقةً، ونكحت من أحبت منهما، أو من غيرهما.

قال محمد: أما قوله: أفسخه بطلقة، فإني لا أُلزم ذلك من تزوجته الآن منهما، ولكن ألزم الذي لم تنكحه حتى ما نكحها طلقة. قال: لأن من نكحته الآن إن كان هو الأول / فهي امْرأته بحالها، ولكن أحَبُّ إليَّ [١٣٧/ ب] أن يأتنفا نكاحاً لما عمي من أمره. وإن كان هو الآخر فلم تكن له قط زوجة، ولو نكحت غيرهما للزمهما طلقة طلقة.

قال ابن القاسم: ويقضى بالعادلة منهما إن كانت واحدة، ولا يقضى بأعدلهما بخلاف البيوع.

وقال سحنون وأبو إسحاق البرقي: إنّه يقضى فيه بالأعدل كالبيع، وهو اختيار أبي محمد عبد الحق.

الفصل السابع

في تمييز ما يفسخ من الأنكحة بطلاق عما يفسخ بغير طلاق

قال الشيخ أبو محمد: آخر قول ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك: أن كل ما نصّ الله سبحانه ورسوله ﷺ على تحريمه لا يختلف فيه، فإنه يفسخ بغير طلاق. وكلما اختلف الناس في إجازته وردّه، فالفسخ فيه بطلاق. قال: وأول قوله، والذي عليه أكثر الرواة، أن كل نكاح للوليّ أو لأحد الزوجين أو لغيرهما إمضاؤه وله فسخه، فإن فسخه له بطلاق، وكل ما كانا مغلوبين على فسخه، وما فسخ قبل البناء وبعده، فإنه يفسخ بغير طلاق.

ثم تمييز ما يفسخ قبل البناء خاصة عن ما يفسخ قبله وبعده يعرف مما ننبه عليه. وذلك أن النكاح الذي ينظر في فسخه على ضربين:

الأول: ما لا يختلف في فساده ومنع المُقام عليه، فهذا يفسخ قبل وبعد.

الضرب الثاني: ما وقع فيه خلل اقتضى فسخه، وهذا الضرب هو الذي يتنوع فسخه، فيكون قبل وبعد، ويكون قبل خاصة، فنقول في تنويعه: الخلل الواقع في النكاح يكون على وجهين.

أحدهما: يرجع إلى العقد، فهذا لا خلاف أنَّ مَا وقع عليه يفسخ

قبل الدخول، وفي فسخه بعده خلاف، وهذا كنكاح المريض والمحرم، ونحو ذلك.

الوجه الثاني: يرجع إلى الصداق، وهذا فيه ثلاثة أقوال:

الفسخ قبل الدخول وبعده، وترك الفسخ فيهما، وهما شاذّان، والتفرقة، وهو المشهور، فيفسخ قبل، ويثبت بعد.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصَّداق

وفيه خمسة أبواب:

الباب الأوّل

في حكم الصّداق الصّحيح في الضمان والتسليم والتقرير

الحكم الأول

حكم الضمان

وهو مضمون في يد الزوج، إن كان مما فيه حق توفية، وإن لم يكن فيه حق توفية فلا ضمان فيه. وحكمه في التلف والتعيّب وفوات المنافع وتفويتها حكم المبيع قبل القبض، إذ الصداق عوض، ولذلك يؤخذ بالشفعة، ويفسد العقد بفساده في بعض الصور، ولا يجوز بمجهول ولا بما فيه غرر، إلا أن يخف الغرر فيغتفر، كما أجزنا النكاح على شورة بيت، أو خادم من غير وصف، أو على عدد من الإبل والغنم من غير وصف، فيكون

لها من الشورة المعروفة بأمثالها الوسط، ومن الخدم الوسط حالاً، جميع ذلك إن لم يكن ضرب له أجلاً، ومن الإبل والغنم الوسط من الأسنان. ويصح النكاح في الجميع، ويؤخذ ما ذكرناه، إذ ليس المقصود من النكاح المغابنة والمكايسة كما في البيع، بل المقصود المكارمة والمحاسنة / والألفة، فجاز في النكاح من ذلك ما لم يجز في البيع. [١٣٨/ أ]
وقال محمد بن عبد الحكم: لا يجوز إلا على معلوم مقدر.

الحكم الثاني
التسليم

قال ابن القاسم: للزوجة منع نفسها حتى تقبض صداقها، إن كانا بَالِغَيْنِ. ولها أخذه بعد تمام العقد إن نكحها على النقد نكاح الناس. وإن نكح بنقد وأجل، فإن دفع النقد كان له البناء، وإن لم يجد تلوّم له الإمام، وضرب له أجلاً بعد أجل، فإن لم يقدر فرّق بينهما.

وإنّ إجراء النفقة إذا طلبت ذلك المرأة، وتسليم المرأة نفسها، موجب لتسليم الصداق إذا كانت مهيأة للاستمتاع، فإن كانت محبوسة أو ممنوعة لعذر آخر لم يلزم تسليم الصداق.

وكذلك إن كانت صغيرة، إلا أن يكون الصداق معيناً كدار أو عبد ونحوهما، فلها أو لوليّها طلب تعجيله، وإن لم تؤخذ بتعجيل الدخول، لأن ضمان ما كان بعينه منها.

ثم إذا بادرت وسلمت، فلها طلب الصداق، وإن لم يطأها، نعم لو رجعت إلى الامتناع سقط طلبها، إلا إذا وطئها، فإن المهر يستقر بوطئها مرة واحدة، وليس لها بعد الوطء حبس نفسها لأجل الصداق إذ أبطلت حقها بالتمكين من الوطء مرة واحدة. وكذلك إذا بادر الزوج فسلم الصداق، لزمها تسليم نفسها، لكن عليه أن يمهلها ريثما تستعد وتهيىء أمورها، ويعرف مقدار ذلك في حقها بجريان العادة في مثلها،

ولا تمهل لأجل الحيض فإن له الاستمتاع بما فوق الإزار، فإن كانت صغيرة لا تطيق الجماع أو مريضة فليمهلها.

فــــرع:

قال أشهب فيمن نكح وشرط ألّا يدخل إلى خمس سنين، قال: بئس ما صنعوا، والنكاح جائز، والشرط باطل، ويدخل متى شاء، ورواه ابن وهب.

وروى ابن القاسم فيمن شُرط عليه ألا يدخل إلى سنة، فإن كان لتغَرُّبه بها وظَعْنِه، وهم يريدون أن يستمتعوا منها، وكان ذلك لصغرها، وشبه ذلك، فذلك عذر، وإلا فالشرط باطل.

قال أصبغ: وما ذلك بالقوي إذا احتملت الوطء.

الحكـم الثـالـث

التقـريـر

فلا يتقرر شيء من الصداق بالعقد على المشهور من المذهب.

وحكى بعض المتأخرين قولين آخرين:

أحدهما: أنه يستقر نصفه بالعقد والطلاق، وغيره طارئ عليه.

والثاني: أنه يستقر جميعه بالعقد، واستقرأه من قول الغير في الكتاب[١] أن الغلة للمرأة كانت في يدها أو في يد الزوج، لأن الملك ملكها قد استوفته[٢].

وإذا فرعنا على المشهور، فإنما يتقرَّر كمال المهر بالوطء أو موت أحد الزوجين. أما الخلوة بمجردها فلا تقرّر، إلا أن يطول المقام، فيتقرر الكمال على أحد القولين، لأن الجهاز قد تغير، واللذة قد حصلت

---

(١) المدونة: ٢/ ٢٢٧، كتاب النكاح، باب نصف الصداق.

(٢) المصدر السابق، وفيه: ولأنه لو تلف كان منها.

ودامت. ثم اختلف قائلو هذا في ضبط مدة الطول فقيل: سنة. وقيل: ما يعد طولاً في العادة.

ثم حيث قلنا: إن الخلوة بمجرّدها لا تقرر، فإنها تؤثر في جعل القول قولها في بعض الصور إذا تنازعا في الوطء لأجل التقرير، كما [١٣٨/ ب] إذا / خلا بها خلوة البناء، فالمذهب أن القول قولها، وقيل: إن كانت بكراً نظر إليها النساء.

فأما خلوة الزيارة، فقيل: القول قولها أيضاً. رواه ابن وهب، وقال به هو وأشهب وأصبغ. قال الشيخ أبو محمد: وهو أشبه بحديث عمر، سواء جمعتهما بإغلاق باب، أو إرخاء ستر، أو غيره، إلا أنها خلوة بينة. وقيل: القول قوله.

وفرّق في المشهور، فجعل القول قول الزائر منهما جرياً على مقتضى العادة، وهو قول مالك وابن القاسم، فإن تصادقا على نفي الوطء، لم يكن لها عند الجميع إلا نصف الصداق، ثم يقبل قولها في نفي الوطء. وإن كانت مولّى عليها بكراً، صغيرة كانت أو بالغة، أمة أو حرة، مسلمة أو كتابية، أو كانت يتيمة، فالقول قولها، لها وعليها، وكذلك فيما يفسخ من النكاح، لأن هذا مما لا يعرف إلا بقولهنّ.

البَابُ الثَانِي

في الصَّداق الفَاسِد

ولفساده سِتة[1] مدارك:

الأول: أن يكون مما لا يجوز بيعه، لتحريم عينه، أو لغرره، كالخمر، والخنزير، والآبق، والشارد. فإذا عقد بذلك فسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده على المشهور. وهل فسخه على الاستحباب أو الوجوب، قولان.

وروي أنه يفسخ بعد الدخول أيضاً، وهو مبني على تعدّي فساد الصداق إلى فساد العقد، فإذا فسد وجب فسخه قبل الدخول وبعده.

فأما المشهور فهو مبني على قصر الفساد على الصداق، وعدم تعدّيه إلى العقد، والحكم بصحة النكاح، إلا أنه يفسخ قبل الدخول لا لفساد العقد الذي هو سبب الاستباحة والتناول، بل لفقدان شرطها ووجود مانعها، فيفسخ العقد ليستأنف عقده بعوض صحيح مقترن به، أو ليحصل العقد عارياً عن اقتران مانع الاستباحة.

---

(١) في الأصل وفي م: خمسة، وفي س أصلحت فصارت ستة. وبتتبع المدارك نجدها ستة.

والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم ﴾[1]. فأما إذا حصل الدخول فقد ثبت الصداق الصحيح، أعني صداق المثل، وبطل الفاسد، فوُجِد الشرط، وانتفى المانع، فلا يفسخ العقد حينئذ، وصار ذلك كزوال العيب الموجب لرد المبيع قبل القيام به.

فــرع:

من نكح بمغصوب فسخ قبل الدخول، ويثبت بعده، ولها صداق المثل، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن كنانة.

وقال ابن القاسم: لا يفسخ بحال وإن تعمد ذلك، بل يجب عليه غرم المثل إن كان مثلياً، أو القيمة إن لم يكن مثلياً.

وقيل: بل يغرم المثل أيضاً.

وقيل: يغرم صداق المثل.

وهذه الأقوال الثلاثة جارية أيضاً فيما إذا أصدقها معيباً فاختارت رده.

المــدرك الثـانـي:

أن يكون الصداق على منافع الزوج، مثل أن يَخدُمها مدة معلومة، أو يعلمها القرآن، أو شيئاً منه، وشبه ذلك، فمنعه مالك، وكرهه ابن القاسم[2] في كتاب محمد. وأجازه أصبغ. فإن وقع مضى في قول أكثر الأصحاب، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم.

---

(١) النساء: ٢٤. (٢) في التبصرة: كرهه مالك، ومنعه ابن القاسم.

وروى عنه يحيى: أنه إذا لم يكن مع المنافع صداق / يفسخ قبل [١٣٩/ أ] البناء، ويثبت بعده، ويكون لها صداق مثلها، وتسقط الخدمة، فإن كان خدم رجع عليها بقيمة الخدمة.

وكذلك روى عنه يحيى أيضاً في نكاحها على إحجاجها، أنه يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده، ويجب صداق المثل، إلا أن يكون مع الحجة غيرها فيجوز.

قال ابن حبيب: وليس يعجبني، ولا رأيت أصبغ وغيره من أصحاب مالك يعجبهم، ورأيتهم يرونه جائزاً، لأن ذلك يرجع إلى حجة مثلها في النفقة والكراء والمصلحة، مثل نكاح المرأة على شورة مثلها، أو على صداق مثلها، أن ذلك كله جائز، ويرجع ذلك إلى الوسط من صداق مثلها.

قال ابن حبيب: وأمنعه من الدخول حتى يحجها أو يعطيها مقدار ما يشبه مثلها من النفقة والمصلحة، والتداوي، في بعد سفرها أو قربه، فتكون قد قبضت صداقها، فإن شاءت حجت به، وإن شاءت تركته.

قال فضل بن سلمة[1] في قوله: أو يعطيها مقدار ما يشبه مثلها من النفقة والمصلحة هو قول مالك وخلاف مذهب ابن القاسم.

قال أبو الحسن اللخمي: والقول بجواز جميع ذلك أحسن،

---

(١) فضل بن سلمة بن جرير بن منخل الجهني مولاهم، أبو سلمة، من أهل بجاية، وأصله من البيرة له رحلتان سمع فيهما من أصحاب الإمام سحنون، وكان حافظاً لمذهب مالك يرحل إليه للسماع منه والتفقه عنده، وله مؤلفات في الفقه والوثائق. ت ٣١٩. (جذوة المقتبس: ٣٠٨. الديباج: ٢/ ١٣٧).

والإجارة والحج كغيرهما من الأموال التي تتملك وتباع وتشترى، وإنما كره ذلك مالك، لأنه يستحب أن يكون الصداق معجلاً، والإجارة والحج في معنى المؤجل، فأجازه أشهب في كتاب محمد، فإن لم يضربا أجلاً. قال: وكل من تزوج بشيء فهو حالّ، فإذا حل زمان الحج، وجب ذلك عليه.

ثم حيث أمضيناه إذا كان معه شيء غيره، فاختلف في بنائه بها قبل أن يحجها، فمنعه ابن القاسم، إلا أن يقدم ربع دينار.

وقول أشهب: أن له أن يبني بها ويجبرها على ذلك لأنه قال: ذلك بمنزلة من تزوج بمائة دينار إلى سنة، فله أن يبني بها، قال: يريد ويجبرها على البناء، فإذا أتى أوان الحج حج بها، إلا أن يأتي أوان الحج قبل أن يبني بها، فلا يكون له أن يبني بها حتى يحجها، كالدين يحل قبل البناء، فتمنعه نفسها حتى يدفع ذلك إليها.

المـدرك الثـالـث: الشـرط.

وما فسخ [من][1] النكاح من أجله من الشروط، فسد الصداق به تبعاً له. ولنذكر أقسام الشروط وأحكامها، أو ما يفسخ النكاح لأجله منها، فنقول: الشروط ثلاثة أنواع.

الأول: ما يقتضيه عقد النكاح لو لم يذكر، كشرطه أنْ ينفق عليها، أو يبيت عندها، أو لا يُؤْثِر عليها، ونحو ذلك، وهذا وجوده وعدمه سيان، ولا يوقع في العقد خللاً، ولا يكره اشتراطه، ويحكم به إن تُرِك أو ذُكر.

النوع الثاني: عكس هذا، وهو أن يكون مناقضاً لمقتضى العقد،

(١) من ساقطة من الأصل، والإكمال من س.

كشرطه ألّا يقسم لها ونحوه، وهذا النوع ممنوع، وإذا اشترط أدى إلى القدح في النكاح، وفسخ قبل الدخول. واختلف في فسخه بعده على ما تقدم.

النوع الثالث: ما لا تعلق له بالعقد، فلا يقتضيه ولا ينفيه، وهذا كشرطه ألّا يتزوج / عليها، أو لا يتسرر، أو لا يخرجها من بيتها، أو من [١٣٩/ ب] بلدها، وهذا النوع مكروه، لكن لا يفسد النكاح، ولا يقتضي فسخه، قبل الدخول ولا بعده. وفيه قال في كتاب محمد: وكره مالك عقد النكاح على شيء من الشروط. وقال: لقد أشرت على القاضي أن ينهى الناس عن ذلك، وألّا يزوج الرجل إلا على دينه وأمانته، وكره ما يؤكد من الأيمان فيها. قال: وكل شرط وإن كان في العقد فلا يلزم، إلا ما كان فيه تمليك أو يمين.

فـــرع:

إذا شرط شيئاً من النوع الثالث ثم خالفه، فإن لم يكن علّقه بيمين ولا تمليك، ولا وضعت لأجله شيئاً من صداقها، فله مخالفة الشرط بفعل ما شرط أن لا يفعله، وترك ما شرط فعله. وإن كان علّق الشرط بيمين أو تمليك لزمه ذلك.

وإن كانت وضعت له شيئاً من صداقها لأجله، فإن كانت عيّنت مهراً ثم أسقطت بعضه للشرط رجعت به، وإن كانت إنما خفّفت في المهر لأجل الشرط قبل التعيين، فقيل: ترجع بما تركته. وفي الكتاب[1] لا ترجع. وقال علي بن زياد: ترجع إن كان ما وضعته من صداق المثل دون أن يكون من الزائد. ورواه ابن نافع.

ولو كان الشرط إنما يعود بالفساد في الصداق كجعله إلى موت أو

---

(١) المدونة: ٢/ ٢١٩. كتاب النكاح، باب في صداق الغرر.

فراق ونحوه، لجرى على الخلاف المتقدم في تعميم حكم الفسخ أو تخصيصه أو نفيه.

ولو شرط الأجل في الصداق، فقال عبد الملك: كان مالك وأصحابه يكرهون أن يكون شيء من المهر مؤخراً، وكان مالك يقول: إنما الصداق فيما مضى ناجز كله، فإن وقع منه شيء مؤخراً، فلا أحب أن يطول الأجل في ذلك.

قال فضل بن سلمة: ذكر ابن المواز عن ابن القاسم في تأخير الأجل إلى السنتين والأربع. وذكر عن ابن وهب إلى السنة. ثم حكى عن ابن وهب أنه قال: لا يفسخ[1] النكاح إلا أن يزيد الأجل إلى أكثر من العشرين.

وحكى عن ابن القاسم أنه يفسخه إلى الأربعين فما فوق، ثم حكى أنه يفسخه إلى الخمسين والستين.

قال فضل بن سلمة: لأنهم قالوا: إن الأجل الطويل مثل ما لو تزوجها إلى موت أو فراق.

قال عبد الملك: وقد أخبرني أصبغ أنه شهد ابن وهب وابن القاسم تذاكرا الأجل في ذلك، فقال ابن وهب: رأيي فيه العشر فدون، وما جاوز ذلك فمفسوخ، فقال له ابن القاسم: وأنا معك على هذا. فأقام ابن وهب على رأيه، ورجع ابن القاسم فقال: لا أفسخه أنا إلى الأربعين، وأفسخه فيما فوق ذلك. قال أصبغ: وبه آخذ، ولا أحب ذلك بدءاً إلى العشر ونحوها، وقد شهدت أشهب زوج ابنته وجعل مؤخر مهرها إلى اثنتي عشرة سنة.

قال عبد الملك: وما قصر من الأجل فهو أفضل، وإن بعد لم

---

(١) م، س: لا أفسخ.

أفسخه إلا أن يجاوز ما قال ابن القاسم، وإن كانت الأربعون في ذلك كثيراً جداً.

قال عبد الملك: وإن كان بعض الصداق مؤخراً إلى غير أجل، فإن مالكاً كان / يفسخه قبل البناء، ويمضيه بعده. [١٤٠/ أ]

وترد المرأة إلى صداق مثلها معجلاً كله، إلا أن يكون صداق مثلها أقل من المعجل فلا تنقص منه، أو أكثر من المعجل والمؤجل، فتوفى تمام ذلك، إلا أن يرضى الناكح بأن يجعل المؤخر معجلاً كله مع النقد منه، فيمضي النكاح، فلا يفسخ لا قبل البناء ولا بعده، ولا ترد المرأة إلى صداق مثلها، فإن كره الناكح أن يجعله معجلاً كله، ورضيت المرأة أن تسقط المؤخر، وتقتصر على النقد مضى النكاح، ولا كلام للناكح، هكذا أخبرني مطرف عن مالك. وقاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ. وقاله ابن القاسم، إلا في وجه واحد، إذا ردت المرأة بعد البناء إلى صداق مثلها، فوجد صداق مثلها أكثر من المعجل والمؤخر، فإن ابن القاسم قال: كما لا ينقص إذا قلّ صداق مثلها من مقدار المعجل، كذلك لا يزاد إذا ارتفع على مقدار المعجل والمؤخر. وأخذ به ابن عبد الحكم وأصبغ.

قال ابن الماجشون: ولو أصدقها ثلاث مائة دينار، مائة معجلة، ومائة مؤجلة إلى أجل مسمى، ومائة إلى ميسرته، ففات النكاح بالبناء فرَدَدْتها إلى صداق مثلها معجلاً، فكان مائة فقط، أو أدنى من مائة، أو خمسين ومائة. أو أكثر، إلى أن يبلغ مائتين لم أنقصها من مائتين المائة المعجلة التي قبضت، وأقرّ لها المائة المؤجلة إلى أجلها، وأسقط المائة إلى ميسرته. ولو كان صداق مثلها أكثر من مائتين كان ما زاد على المائتين ثمناً للمائة الفاسدة فجعلناه لها مع المائة المعجلة، وأقرت المائة الآجلة إلى الأجل المسمى بحالها، ولا أجعلها حالة عليه، لأن الفساد لم يكن فيها، ولا من أجلها.

قال ابن الماجشون: وسواء في هذه المسألة كان المؤخر إلى غير أجل مؤقت، أو إلى موت، أو فراق، أو إلى ميسرته، أو إلى أن تطلبه المرأة، وهو مليّ أو معدم، النكاح به مفسوخ قبل البناء، ومردود إلى صداق مثلها بعد البناء، إلا أن يرضى الزوج بتعجيله، أو ترضى المرأة بوضعه، فيجوز.

ولأنه إن كان إلى أن تطلبه المرأة أو إلى ميسرته وهو مليّ، قد نحا به ناحية الأجل، قال: وكلمت به أصبغ فقال: كان ابن القاسم يجيزه إذا كان الزوج ملياً، ويراه حالاً، وليس يعجبني.

قال فضل بن سلمة: كان ابن القاسم يجعله مثل بيع التقاضي.

قال عبد الملك: وقولي فيه على قول ابن الماجشون، لأنه لما كان معه معجل، ويسمي الآخر إلى أن تطلبه المرأة، أو إلى ميسرته قد رَمَى به مَرْمَى التأخير إلى غير أجل.

ولو شرط الخيار في الصداق كأحد عبدين صحّ إن كان الخيار لها، فإن كان له فسخ قبل البناء، وثبت بعده، وكان لها صداق المثل.

ولو قال: نكحتها بألف، على أن لأبيها ألفاً صحّ، وكان الألفان للزوجة، وكذلك لو قال: نكحتها بألف على أن أعطي أباها ألفاً.

قال أشهب ولو تزوج على أن يهب عبده لفلان، فذلك جائز، فإن طلق / [١٤٠/ ب] قبل البناء رجع بنصف العبد. فإن مات هذا الموهوب، رجع عليه بنصف قيمته.

وقال محمد: هو كالحِباء[1] الذي وهبته للأب، لا رجعة لها فيه، في طلاق ولا غيره، ولا أرى أن يضمنه الموهوب له في الموت إلا بتعدّ منه.

---

(١) الحباء بالكسر والمد: الإعطاء بلا عوض (الزرقاني على الموطأ: ٢/ ١٢٨).

المــدرك الرابـع: تفريــق الصفقــة.

فإذا أصدقها عبداً يساوي ألفين، على أن ترد له ألفاً، فنصف العبد مبيع، ونصفه صداق، وهما عقدان مختلفان، وفي جمعهما في صفقة واحدة خلاف، منعه مـالك وابن القـاسم في الكتاب[1]، وَعُلّل باختلاف حكم العقدين، وبالذريعة إلى إخلاء العقد من المهر، وأجازه عبد الملك في كتاب محمـد إذا كان الباقي بعد ثمن المبيع ربع دينار فصاعداً بأمر لا يشـك فيه. وكرهه في ثمانية أبي زيد، وأمضاه إذا نـزل، وكان الثمن كثيراً، فيه فضل بائن عن ثمن المبيع.

وحكى القاضي أبو محمد عن أشهب إجازته جملة من غير اعتبار بفضل كالسلعتين.

وقال مالك في المبسوط: يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده، ولها صداق المثل. ولو كانت السلعة من عند الوليّ لفسخ أيضاً، وكان من باب جمع السلعتين لرجلين، وسيأتي بيان الخلاف فيها إن شاء الله.

وكذلك لو تزوجها بدنانير مسماة على أن أعطاه الأب داراً، فأما لو تزوجها على غير صداق مسمى على أن أعطاه الأب داراً، لصح النكاح. وفرق بينهما أبو القاسم بن محرز بأن الدار هنا هبة خالية عن العوض، وفي الصورة الأخرى كانت مقابلة لبعض الصداق.

فأما الجمع بين نسوة في عقد واحد، فقد تقدم الكلام عليه.

المــدرك الخـامـس: أن يتضمن إثبات الصداق رَفْعَهُ، كما إذا قبـل النكاح لعبده، وجعل رقبتَه صداقَها، فيفسد، لأنه لو ثبت وملكت زوجها، لاَنْفَسَخَ النكاح قولاً واحداً، فيفسد الصداق ويفسد النكاح أيضاً لأنه قرن النكاح بالرق المضاد له لو ثبت، بخلاف ما لو أصدق خمراً.

---

(١) المدونة: ١/ ٢١٦. كتاب النكاح الثالث، النكاح بصداق لا يحل ونص مالك فيها: (لا يجتمع في صفقة واحدة نكاح وبيع).

المـــدرك الســـادس: مخالفـة الآمـر فيمـا سمّـى.

فإذا قال لوكيله: زوجني بألف، فزوجه الوكيل بألفين، فإن كان على قول الزوج بينة، وعلى التزويج بينة، فإن لم يدخل قيل له: إن رضيت بالألفين، وإلا فلا نكاح بينكما. ولو قال الوكيل: أنا أتمم الألف ويصح النكاح. ففي إجبار الزوج على الرضا بذلك قولان.

ولو قالت المرأة: أنا أرضى بالألف، للزم الزوج ذلك.

وإن كان وقع الدخول، فما الذي يلزم الزوج؟ في المذهب ثلاثة أقوال:

أحـــدها: أنه يلزمه الألف، ويلزم الرسولَ كمالُ الألفين.

والثانـــي: أنه يلزمه الألف أيضاً، لكن لا يلزم الرسول شيء.

والثالـــث: أنه يكون على الزوج صداق المثل، والزائد يكون على الرسول.

وإن لم يكن على التسمية من الزوج، ولا في العقد بينة، فأما قبل الدخول / فيقال للزوج: إن رضيت بالألفين لزم النكاح. فإن لم يرض، قيل للزوجة: إن رضيت بالألف لزم. فإن لم ترض فلها أن تحلّف الزوج، فإن نكل ردّ عليها اليمين، فحلفت، واستحقت الألفين وصح النكاح. [١٤١/ أ]

وأما إن وقع الدخول، فإن رضي كل واحد من الزوجين بما قال الآخر، كان الحكم ما اتفقا عليه، وإن أبيا، فإن أقرّ الوكيل بالتعدي يلزمه الإتمام، وإن أنكره فللزوجة أن تحلّف الزوج على أنه لم يأمر إلا بألف، فإن حلف بريء، وإن نكل غرم الألفين. قالوا: وهذه يمين لا ترجع، لأنها يمين تهمة. قال بعض المتأخرين: وهذا ظاهر، إلا أن تدعي المرأة تحقيق ما قالت، فترجع اليمين.

قال: ويلتفت هذا على الخلاف فيمن سلط على ماله خطأ منه، هل تسقط الغرامة للتسليط، أم لا؟، لأن المرأة سلطت الزوج ههنا خطأ منها، فمن لم يسقط الغرامة بالتسليط أوجب صداق المثل، ومن أسقطها لم يوجب سوى الألف.

فــــرع:

إذا نكل الزوج فغرم، فهل له أن يحلّف الرسـول؟ فإن حلف برىء، وإلا غرم؟ في ذلك خلاف سببه، هل تكون يمين الزوج على تصحيح قوله فقط، أو على تصحيحه وإبطال قول الرسول؟ فإن كانت على تصحيح قوله فقط فنكل، فإنه يعد مقرّاً، ولا يكون له أن يحلّف الرسول، وإن كانت يمينه على تصحيح قوله وإبطال قول الرسول كان له أن يحلّف الرسول.

قال[1]: ويلتفت في هذا أيضاً إلى النكول، هل هو كالإقرار، فلا يكون له أن يحلف الرسول؟، أو يكون ليس كالإقرار، فيحلّفه.

وإن وقع الدخول، فليس على الزوج إلا الألف.

ثم إن أقر الرسول بالتعدي، فيختلف فيه، هل يغرم أم لا كما تقدم؟، وإن أنكره فإن قلنا: بأنه يغرم، فللزوجة أن تحلّفه، فإن نكل حلفت واستحقت. وإن قلنا: إنه لا يغرم، فلا شيء للزوجة.

وإن كان على توكيل الزوج بالألف بيّنة، وليس على العقد بيّنة، فإن لم يقع دخـول كان على المرأة اليمين: أن العقد كان بألفين، فإن حلفت قيل للزوج: ترضى بذلك وإلا فأفسخ عن نفسك. وإن نكلت لزمها النكاح بألف، إلا أن يكون الزوج علم ما وقع به العقد، واليمين ههنا ترجع عليه. وإن كان على العقد بينة، وليس على قول الزوج بينة، فههنا يَحلف الزوج: أن التوكيل لم يكن إلا بما قاله، فإن حلف وكان ذلك قبل الدخول قيل للمرأة: إما أن ترضي بما قال، وإلا فأفسخي عن

(١) م: قالوا.

نفسك. فإن نكل، فهي يمين لا ترجع إلا أن تدعي المرأة التحقيق فترجع.

وهل للزوج أن يحلّف الوكيل إذا نكل الزوج؟، يجري على ما تقدم من القولين.

واختار محمد أنه لا يحلف له، فإن وقع الدخول، فكذلك يحلف الزوج، فإن حلف مضى النكاح بألف، وإن نكل، فهل له أن يحلف المرأة أو تلزمه ألفان؟. أما إن كانت المرأة تدعي تحقيق الدعوى عليه، فإنها تحلف، وإن لم تتحقق فاليمين لا ترجع.

[١٤١/ ب] ويختلف هل للزوج / أن يحلف الوكيل أم لا؟، على ما تقدم. هذا إذا لم يعلم واحد من الزوجين بالتعدي، فإن وجد العلم، فله ثلاث حالات:

الأولـــى: أن يعلم الزوج بالتعدي ولا تعلم المرأة به، فيكون عليه ألفان.

الحـالة الثانـية: أن تعلم هي دونه، فلا يكون لها إلا الألف.

الحالـة الثالثـة: أن يعلما جميعاً، وفيها صـور:

الأولى: أن يعلم كل واحد منهما بعلم الآخر، فإذا علما وعلم كل واحد منهما بعلم الآخـر فعلى الزوج[1] الألفان.

الصورة الثانية: أن يعلما ولا يعلم أحد منهما بعلم الآخر، فههنا الروايات على أن لها الألفين.

قال المتأخرون: وهذا فيه نظر، لأنه متى قلنا: إن الزوج قد علم، وقد دخل على الألفين، ففي مقابلته أن الزوجه قد علمت، وقد دخلت

---

(١) س: فللزوج.

على ألف واحـدة. قال: وينبغي أن يكـون لها ألف، وتقسم الألف الأخرى فينحط نصفها، ويكون على الزوج نصفها.

الصورة الثالثة: أن يعلم الزوج بعلم المرأة، ولم تعلم هي بعلمه، فيكون لها ههنا ألف، لأنها على ذلك دخلت، وعليه دخل الزوج أيضاً.

الصـورة الرابعـة: أن تعلم المرأة بعلم الـزوج، ولم يعلم هو بعلمها، فتكون عليه ههنا ألفان، لأنهما على ذلك دخلا.

وأصْل هذا جميعه أن يلزم كل واحد منهما ما دخل عليه.

وإذا قالت المرأة لوليّها: زوجني، ولم تعيّن مهراً، فزوج بأقل من مهر المثل لم يلزمها العقد. بخلاف ما إذا زوج الأب من ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل، أو من ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها، فإن ذلك جائز إذا كان نظراً لهما.

فـــرع:

إذا تواطأ أولياء الزوجين على ذكر ألفين في العقد ظاهراً، وعلى الاكتفاء بألف باطناً، فالواجب مهر السرّ، ويكون النكاح به. فإن ادعت الزوجة الرجوع عنه إلى العلانية فإن كان في السرّ بيان أن العلانية لا أصل لها ولكن المعوّل على ما أسـرا فلا يمين على الزوج، وإن لم يكن في العلانية[1] ذلك ثبتت اليمين.

الباب الثالث

في التفويض [1]

ونعني بالتفويض إخلاء عقد النكاح من تسمية المهر أو التصريح بالتفويض، فيقول: أنكحتك وليّتي على التفويض. أو مع الإبهام بأن يذكروا التزويج، ولا يذكروا المهر. والنكاح صحيح في الوجهين.

فأما لو صرحوا باشتراط إسقاط المهر لما جاز، ويفسخ النكاح قبل الدخول. واختلف قول ابن القاسم في فسخه بعده.

ثم المفوضة تستحق مهر المثل بالوطء وبالفرض، ولا تستحق بالعقد، ولا يجب بالموت على المعروف من المذهب. وحكى أبو محمد عبد الحميد قولاً شاذاً بالوجوب.

ولا تستحق التشطير عند الطلاق إلا إذا جرى الفرض بعد العقد. ومعنى الفرض تعيين الصداق وتقديره، فكان الواجب بالمسيس المنتظر مهر المثل، أو ما يتراضى به الزوجان أحدهما لا بعينه، ولو تراضوا بدون مهر المثل جاز على الثيب الرشيدة برضاها. وأما السفيهة فإن كانت غير

(١) س: في السر.

مُوَلىً عليها، ففي جوازه برضاها عليها قولان. وإن كانت مُوَلىً عليها فإن كان الفرض قبل الدخول، وهو من حسن النظر، / صح رضا الولي به. [١٤٢ / أ] وإن كان بعد الدخول فهل يصح رضا الوليّ بدون صداق المثل أم لا؟ ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث، فيصح في حق الأب دون غيره لأنه أكمل شفقة.

وللمرأة طلب الفرض لتقرير التشطير، أو لتعرف ما سيجب بالمسيس، ولها حبس نفسها للفرض لا لتسليم المفروض.

قال في الواضحة: إذا طلبت قبل البناء أخذ النقد، وأبى الزوج ذلك إلا عند البناء، فذلك للزوج، إلا أن تشاء هي تعجيل البناء، فلها قبضه.

وقال القاضي أبو الحسن: الذي يقوى في نفسي أن الصداق يوقف، ولا تأخذه المرأة حتى تمكن من نفسها.

لا يتعين مهر المثل عند الفرض، لكن إن بذله الزوج لزم الزوجة قبوله. ويجوز إثبات الأجل في المفروض ويجوز إثبات زيادة على مهر المثل، كان المفروض من جنسه، أو من غير جنسه. ويجوز تعيين عرض يساوي أضعاف مهر المثل. ولو أبرأت قبل الفرض تخرج عن الإبراء، عما لم يجب وجرى سبب وجوبه. ولو فرض لها خمراً ألغي الفرض، ولم يؤثر في التشطير.

ومعنى مهر المثل: القدر الذي يرغب به مثله فيها والأصل فيه اعتبار أربع صفات: الدين والجمال والحسب والمال. ومن شرط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد، إلا أن تكون لهم عادة مستمرة في تعيين المهر، فيصار إليها.

وفي كتاب محمد: يعتبر شبابها وجمالها في زمنها، ورغبة الناس فيها. وينظر في الزوج، فإن زوجوه إرادة صلته ومقاربته خففوا عنه، وإن كان على غير ذلك كمل لها صداق المثل.

والوطء في النكاح الفاسد يوجب مهر المثل باعتبار يوم الوطء، لا يوم العقد.

وإذا اتحدت الشبهة اتحد المهر، وإن وطىء مراراً، وإذا لم تكن شبهة كوطئات الزاني المكره، وجب بكل وطء مهر.

وفي معنى التفويض التحكيم، فلو قال: تزوجتك على حكمي، أو على حكمك أو على حكم فلان، جَازَ. ثم إن وقع الرضا بالحكم فيه، وإلا فسخ، ولا شيء لها، فإن فرض لها الزوج صداق المثل لزمها النكاح وإن كان قبل البناء كالتفويض.

قال عبد الحق: وهذا مجمع[1] عليه في كل ما ذكرناه، إلا في قولهم: قد أنكحناك على حكمها، فابن القاسم يراه مثل السكوت أو تحكيمه، أو تحكيم الوليّ. وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ.

وقال أشهب وعبد الملك: إن لم يرض بما حكمت به، لم يلزمها الرضا بصداق مثلها إن فرضه لها ما لم يبن بها. وبه يقول ابن حبيب.

قال فضل بن سلمة: ابن الماجشون[2] في ديوانه يجعله نكاحاً فاسداً.

وقال ابن المواز: قال عبد الملك: أما على حكمها، فالنكاح يفسخ ما لم يدخل، وأما على حكمه، فهو التفويض الجائز.

---

(١) س: مجتمع.

(٢) ابن الماجشون: ساقطة س.

قال بعض المتأخرين: إذا تزوجها على حكم فلان، فمعنى قوله: إذا رضي الزوج بذلك، إنما يريد أن فلاناً حكم بزائد على صداق المثل. أما لو اقتصر عليه للزمه، ولم يكن له فيه خيار.

[١٤٢/ ب] ونقل عبد الحق وعبد الحميد عن / الشيخ أبي محمد وغيره من الشيوخ أنهم قالوا: إذا تزوجها على حكمها، ففرضت [له][1] صداق المثل، لم يلزم ذلك الزوج، إلا أن يرضى، بخلاف الزوج يفرض لها صداق المثل، وهذا كواهب السلعة للثواب، يلزمه أخذ القيمة، ولا تلزم الموهوب القيمة.

---

(١) له: ساقطة من الأصل.

البَابُ الرَّابع

في التشطير

وفيــه فصــول:

الفصــل الأول

فــي محلــه، وحكمــه

فنـقــول:

اختيار الزوج لإيقاع الطلاق قبل المسيس يوجب تشطير الصداق الثابت بتسمية مقرونة بالعقد صحيحة، أو بفرض صحيح بعد العقد في المفوّضة، ويستوي فيه عدد الموقع من الطلاق.

وإنما يسقط جميع المهر قبل المسيس بالفسخ، أو باختياره ردها لعيبها، وفي اختيارها لرده بعيبه خلاف، لأنه غارّ، ولا صداق لها فيما سوى ذلك. وهذا عقد الباب، وفي تفصيل الفروع خلاف يأتي عند ذكرها في أبوابها إن شاء الله.

ومعنى التشطير: أن يرجع الملك في شطر الصداق إلى الزوج بمجرد الطلاق، أو يبقى عليه على الخلاف المتقدم.

ثم في معنى الصداق في التشطير كل ما نَحَلَه الزوج للمرأة أو لأبيها أو لوصيّها الذي يتولى العقد، في العقـد أو قبله، لأجْله، إذ هو للزوجة إن شاءت أخذته ممن جُعِل له.

فــرع:

لو تلف الصداق في يد أحدهما، ثم وقع الطلاق قبل البنـاء، فالحكم أن ما لا يغاب عليه منهما جميعاً وما يغاب عليه ولا يعرف بعينه ممن هو في يده إن لم تقم بهلاكه بينة، وإن قامت بهلاكه بينة، ففي إثبات الضمان على صاحب اليـد ونفيه خلاف بين أصبغ ومحمد.

وما أنفق على الثمرة من سقي وعلاج فعليهما. وكذلك ما أنفق على العبد.

وقيل: لا يرجع من أنفق على العبد بشيء.

وقال محمد: إن كان له غلة فنفقته منها، وإن لم تكن له غلة فلا رجوع لها على الزوج بشيء.

الفصـــل الثـانـي
فـي التغيـرات[1] قبـل الطـلاق

وسواء كان ذلك بزيادة محضة، أو نقصان محض، أو زيادة من وجه، أو نقصان من وجه، فالزيادة لهما، والنقصان عليهما.

وقيل: بل للمرأة وعليها، وهو على الخلاف في استقرار ملكها بالعقد على الكلّ وعدم استقراره.

الفصـــل الثـالـث
فـي التصرفـات المانعـة مـن الرجوع

وكل تصرف أزال الملك بجهة لازمة كالبيع والهبة والعتق والتدبير، فهو مانع من الردّ.

(١) س: التغييرات.

ثم تتعيّن القيمة في الهبة والعتق والتدبير، ونصف الثمن في البيع.

وإن جنى العبد خيرت، فإن فدته لم يأخذ نصفه إن طلق، إلا بدفع نصف ما فدته به.

قال الشيخ أبو محمد: إلا أن تعطى أكثر من الأرش.

هذا في غير العين.

فإن كان عيناً، اعتبر ما اشترت به، فإن كان خادماً، أو طيباً، أو شورة، أو غير ذلك مما هو لجهازها، فهو بمنزلة عين ما أصدقها، ونماؤه / ونقصانه بينهما، فإذا طلقها قبل البناء، فليس له عليها إلا [١٤٣/ أ] نصفه لا غير. وإن اشترت به غير الجهاز من دار أو عبد أو شبه ذلك فله عليها نصف ما قبضت منه، لا نصف المشترَى، إلا أن يكون الشراء من الزوج.

قال القاضي أبو الحسن: هذا إذا كان على وجه التخفيف عنه، وإلا فهو كالأجنبي.

الفصل الرابع
في هبة الصداق

وإذا وهبت منه جميع صداقها، ثم طلقها قبل البناء، لم يرجع عليها بشيء، وكأنها عجلت إليه بالصداق. ولأنها لما لم يستقر ملكها عليه بالعقد على المشهور، وانكشف الآن أنها إنما تملك منه النصف، وافقت هبتُها ملكَها وملكَه، فنفذت في ملكها دون ملكه.

ولو وهبت منه نصفَ الصداق، ثم طلقها، فله الربع. وكذلك إن وهبته أكثر من النصف أو أقل، فله نصف ما بقي لها بعد الهبة.

ولو وهبته لأجنبي فقبضه، مضى له، ويرجع الزوج على الزوجة بالنصف، وهل ترجع به الزوجة على الموهوب له؟ كواهب السلعة

تُستَحق من يد الموهوب، فإنها تؤخذ من يده، ولا يرجع على الواهب بشيء، لأن الغيب كشف له أنه وهب ما لم يملكه، أو لا ترجع بشيء لأنها وهبت ما علمت أنه معرّض للارتجاع منها بوقوع الطلاق عليها قبل البناء، وأن الزوج يطلبها بما أفاتت وأتلفت، عليه نصفه، وقد كان حال تصرفها فيه ملكاً لها، فلا يكون لها عليه رجوع فيه، كما ليس لها نقض البيع لو باعته، ثم طلبها به الزوج. وإن لم يقبضه الموهوب له حتى وقع الطلاق، أجبرت على الإقباض إن كانت موسرة يوم الطلاق، ولم تجبر إن كانت معسرة يوم الهبة ويوم الطلاق. فإن كانت موسرة يوم الهبة، ومعسرة يوم الطلاق، فقال ابن القاسم: أنها لا تجبر. وقال غيره في الكتاب[1]: تجبر. وهو على الخلاف في ملك الصداق، هل هو غير مستقر؟ فينظر إلى حالها يوم وجب الرجوع، أعني يوم الطلاق. أو هو مستقر فينظر إلى حالها يوم الهبة. وعلى ذلك الخلاف فيما أحدثته في الصداق من عتق أو بيع أو نحو ذلك من وجوه إفاتته، هل تضمن قيمته يوم قبضه أو يوم إفاتته؟ وهو المشهور، فمن رأى ملكها غير مستقر جعل القيمة يوم الإفاته، ومن رآه مستقراً جعلها يوم القبض.

ولو اختلعت قبل المسيس بعشرة من صداقها، كان لها نصف ما بقي منه.

ولو خَالَعَتْه على عشرة مطلقاً، لزمتها، وبقي نصف الصداق. ولو بارأته على المتاركة، أو خالعته على أن أعطته عبداً أو مالاً، لم تبق لها طَلِبَةٌ بنصف الصداق، وتردّه إن كانت قبضته. وقال أصبغ: إن قبضته فلا ترده، إلا أن يشترط عليها رده.

---

(١) المدونة: ٢/ ٢٢٥. كتاب النكاح، باب نصف الصداق.

[١٤٣/ ب]

الفصـل / الخـامـس
فـي المتعـة

وهي مستحبة، ومشروعيتها لجبر قلب المرأة من فجيعة الطلاق. فيؤمر بها لكل امرأة اختار الزوج طلاقها، ولا اختيار لها فيه، ما لم تطلق قبل الدخول وقد فرض لها.

ولا متعة إن كان الطلاق بسببها، أو كان الفراق جبراً. ولو كان مبدؤه من الزوج، وتمامه من المرأة، كالمخيّرة، لم تكن لها متعـة. وروي: لها المتعة، وهي شاذة.

ولا متعة للرجعية إن ارتجعت، فإن وقعت البينونة ثبتت المتعة.

قال فضل بن سلمة: وهذا يقتضي أنها لا تمتع إلا بعـد كمال العدة. ولو كان الطلاق بائناً فردها الـزوج فلها المتعة على المنصوص.

واستقرأ أبو الحسن اللخمي نفي المتعة من إطلاقات وقعت في الرواية.

ثم حيث خـوطب الزوج بهـا، فمقدارهـا موكـول إلى اختياره، والمستحب أن يكون ذلك على قدر حاله من عسره ويسره.



البَابُ الخَامِسُ

فِي التَّنازع

وفيـه مسائـل:

الأولـى: إذا تنازعا في قدر المهر، أو صفته، مع بقاء الزوجية بينهما، وذلك يقع قبل البناء وبعده. فإن كان قبله تحالفا وتفاسخا، كما في البيع، وبدئت المرأة باليمين كالبائع في المشهور.

قال بعض المتأخرين: ويجري فيه ما يجري في البيع من الخلاف في الرجوع إلى قول مدعي الأشبه، وفي انفساخ النكاح بتمام التحالف، وفي الرجوع إلى قول المرأة إذا نكلا جميعاً، كما في البيع.

وإذا كان التنازع بعد الدخول، فالقول قول الزوج، إذ الدخول كالفوت في البيع.

قال: وقد يجري فيه قول أشهب بالتحالف بعد الفوت، على القول الشاذ بأن صداق المثل فيه كالقيمة المقدرة في السلع. ثم قال: وهو على الحقيقة تركيب خلاف على خلاف.

وقال ابن حبيب: إن اختلفا في نوع الصداق بعد الدخول، كان مما يصدقه، أو مما لا يصدقه، تحالفا وردّت إلى صداق مثلها بالعين، إلا أن يرضى الزوج أن يعطيها ما ادعت البالغة الرشيدة، أو ادعاه أبو البكر.

وإن وقع التنازع بعد انفصال العصمة بطلاق هو فسخ أو موت، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأنه مدعى عليه.

ولو ادعت التسمية، فأنكر الزوج أصل التسمية، فالقول قوله، إلا أن تكون العادة خلاف قوله.

المسألة الثانية: إذا تنازع أبو البكر والزوج في مقدار المهر تحالفا، لأنه كوكيل مفوض إليه، فهو وليها دونها، ولم يكن لها فيه رأي ولا أمر.

الثالثة: لو ادعت ألفين في عقدين جريا في يومين، وأقامت البينة عليهما لزما، وقدرنا تحلل طلاق، ثم هل يقدر بعد المسيس ويكون على الزوج أن يبين جريان سقوط النصف بإظهار طلاق قبله، أو [١٤٤/ أ] يقدر قبله، وعلى المرأة أن تبين وقوعه / ليستقر لها ملك الكل؟ وفي ذلك خلاف، سببه هل المستقر بالعقد الكل أو النصف؟.

الرابعة: إذا كان في ملك الزوج أبو الزوجة وأمها، فقال: أصدقتك أمك، فقالت: بل أبي، تحالفا قبل الدخول وفسخ النكاح، وتعتق الأم بإقراره [وإن كان دخل بها حلف أيضاً وعتقت عليه الأم بإقراره][1] فإن نكل حلفت المرأة وعتق الأب بقولها، وإن نكلا قبل البناء، كان كما إذا حلفا.

الخامسة: إذا اختلفا في قبض معجّل الصداق، فإن استقرتْ عادة صير إليها، وإن لم تكن فالقول قولها، إلا أن تكون مدخولاً بها، فالنص أنّه لا تقبل دعواها، إلا فيما لم يحل منه.

لكن اختلف الأصحاب في تنزيله.

فقال القاضي أبو إسحاق: إنما ذلك في بَلَدٍ عُرْفُه تعجيل النقد عند البناء. فأما بلد لا عرف فيه بذلك، فالقول قول الزوجة. قال

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل، والاستدراك من س.

القاضي أبو الحسن: وينبغي أن يكون هذا هو الصحيح.

وقال القاضي أبو محمد: إنما ذلك إذا لم يثبت ذلك في صداق ولا كتاب. وأما إن أثبت في صداق أو كتاب، فلا يكون القول قول الزوج بالبناء.

وقال القاضي أبو الوليد: إنما ذلك مبني على أن العادة جارية في معظم البلاد بل في جميعها أن معجل الصداق لا يتأخر قبضه عن البناء. قال: وهذا أظهر مما تقدم.

بَاب: الوَليمَة والنثر

الوليمة: [هي][١] مأدبة العرس، ومحلها بعد البناء، وهي مأمور بها.

قال القاضي أبو الوليد: نص مالك رحمه الله وأكثر العلماء على وجوب إتيان طعام الوليمة لمن دعي إليها. قال: وصفة الدعوة التي تجب لها الإجابة، أن يلقى صاحب العرس الرجل فيدعوه أو يقول لغيره: أدع لي فلاناً، فيعيّنه. فإن قال له: أدع لي من لقيت، فلا بأس على من دعي بمثل هذا أن يتخلف. قال: وهل يلزم الأكلُ من لزمته الإجابة؟، لم أر لأصْحابنا فيها نصاً جلياً. وفي المذهب مسائل تقتضي القولين.

وقال القاضي أبو الحسن: مذهبنا أن الوليمة غير واجبة، والإجابة إليها غير واجبة، ولكن تستحب.

ثم إنما يُؤمر بالإجابة على القولين جميعاً، إذا لم يكن في الدعوة منكر ولا فُرُش حرير، ولا في الجمع من يتأذى بحضوره ومجالسته من السفلة والأرذال الذين تزري به مجالستهم، ولا زحام، ولا غلق باب دونه. فقد روى ابن القاسم: هو في سعة إذا تخلف لأجل ذلك. وكذلك إن كان على جدران الدار صور أو ساتر. ولا بأس بصور الأشجار.

---

(١) هي: سقطت من الأصل.

فإن كان هناك لعب ولهو، وكان خفيفاً مباحاً غير مكروه لم يرجع وحضره. وروى ابن وهب: لا ينبغي لذي الهيئة أن يحضر موضعاً فيه لهو. قال القاضي أبو بكر: والحق هو الأول.

فأما لهو غير مباح كالعود والطنبور والمزهر المربع، فلا تجاب الدعوة معه. ومن أتاها فوجد اللهو المحظور فليرجع.

[١٤٤/ب] ولا تترك إجابة الدعوة بعذر الصوم، بل يحضر ويمسك. /

ويكره نثر السكّر واللـوز وشبهه.

كِتابُ القسمِ وَالنشور

وفيــه فصــول:

الفصــل الأول
فيمـن تستحـق القســم

ولا يجب على من له زوجة واحدة أن يبيت عندها، لكن يستحب له ذلك لتحصينها.

ولا يجب القسم بين المستولدات وبين الإماء، ولا بينهن وبين المنكوحات، إلا أن الأَوْلَى العدل وكف الأذى. ومن له منكوحات يجب عليه العدل بينهن.

وتستحق المريضة والرتقاء والحائض والنفساء والمحـرمة، والتي لاعنها زوجها أو ظاهر، وكل من لها عذر شرعي أو طبيعي، من القسم ما يستحق غيرها، لأن المقصود الأنس والسكن.

أما المباشرة فلا تستحق، ولا حرج عليه إن نشط للجماع في يوم واحدة دون أخرى، إلا أن يفعل لضرر مثل أن يكف عن هذه لوجود لذته في الأخرى، فلا يحل له ذلك.

ويجب القسم على كـل زوج مكلف، وعلى وليّ المجنون أن يطوف به على نسائه.

الفصـــل الثانـي
فـي مكـان القسـم وزمانه

أما المكان، فلا يجوز أن يجمع بين ضرتين في مكان واحد إلا برضاهن، وليفرد كل واحدة بمسكنها، ولا له أن يستدعيهن إلى بيته على التناوب إلا برضاهن، وليأتهن في بيوتهن كما فعل النبي ﷺ(١).

وأما الزمان فقال في كتاب محمد: له أن يبدأ بالليل قبل النهار، وبالنهار قبل الليل.

قال القاضي أبو الوليد: لأن الذي عليه أن يكمل لكل واحدة يوماً وليلة، وهو المخير في البداية بأيهما شاء. ثم قال: على أن الأظهر من أقوال أصحابنا أن يبدأ بالليل(٢).

ولا يحل له أن يدخل في يومها على ضرتها ليقيم عندها، وله أن يأتي عائداً أو لحاجة، أو يضع ثيابه عندها إذا كان ذلك على غير ميل ولا ضرر. وقيل: لا يدخل إلا لعذر لا بدّ منه، من اقتضاء دين أو تجارة أو علاج. وقال ابن الماجشون: لا بأس أن يقف ببابها ويسلم من غير أن يدخل. ولا بأس أن يتوضأ، أو يشرب من ماء زوجته في غير يومها، ويأكل مما بعثت به إليه من غير تعمد ميل، ولا يكلف الوقاع، لأنه لا يدخل تحت الاختيار.

وأما المقدار من الزمان فليلة، ولا ينصّف الليلة، ولا يزيد عليها،

---

(١) عن عائشة رضي الله عنها قالت: «يا ابن أختي كان رسول الله ﷺ لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا، وكان قلّ يَوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من كل امرأة من غير مسيس، حتى يبلغ إلى التي هو يومها، فيبيت عندها». (أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء). انظر (سنن أبي داود مع حاشيته عون المعبود: ٢/ ٢٠٨).

(٢) المنتقى: ٣/ ٢٩٥.

إلا أن يرضين ويرضى بالزيادة، أو يكنّ في بلاد متباعدة، فيقسم الجمعة أو الشهر على حسب ما يمكنه، بحيث لا يناله ضرر لقلة المدة.

الفصل الثالث
في التفاضل

وله سببان:

الأول: تجدد النكاح. فإذا استجد نكاح بكْر بات عندها سبعاً، وإن استجد نكاح ثيب بات عندها ثلاثاً.

وتستوي في ذلك الحرة والأمة، لأنه للإلف، والطبع لا يتغير بالرق.

ثم لا يقضي الباقيات هذه المدة، بل يستأنف القسم بعد ذلك، وهل هو حق للجديدة أو للزوج؟، على اختلاف الروايتين. وقيل: هو حق لهما.

ثم في وجوبه واستحبابه، روايتان لابن القاسم وابن عبد الحكم. وإذا فرعنا على أنه حق لها أو لهما، فهل / يقضى لها به عليه أم لا؟ [١٤٥/ أ] قال أصبغ في كتاب محمد: لا يقضى عليه. قال القاضي أبو بكر: والصحيح أنه يقضى عليه به. قال القاضي أبو الفرج عن ابن عبد الحكم: إن ذلك على الزوج وإن لم تكن عنده امرأة سواها.

قال القاضي أبو بكر: وهذا لا معنى له، ولا يتصور، فلا يلتفت إليه كما قال ابن حبيب.

فرع:

لو بات عند الثيب ثلاثاً، فالتمست زيادة، لم يزدْها، بل يستأنف القسم.

وقال القاضي أبو الحسن: يكمل لها سبعاً إن اختارت التسبيع، ثم يقضي لسائر نسائه سبعاً سبعاً، لقوله ﷺ وقد التمست أم سلمة ذلك: إن شئت سبعت عندك، وسبعت عندهن، وإن شئت ثلثت عندك ودرت عليهن[1]. فكأن اقتراحها الزيادة عنده يبطل حقها من الثلاث.

وروى محمد: أن الزوج لا يخير الزوجة بحال، وإنما يكون لها الثلاث.

السبب الثاني: الحرية على إحدى الروايتين: يكون للحرة ثُلُثا القسم، وللأمة ثلثه. فلها ليلتان، وللأمة ليلة. والرواية المشهورة التسوية بينهما كالحرتين.

وروى أبو زيد عن عبد الملك بن الماجشون: أن مالكاً رجع إلى التفاضل، وأخذ بذلك عبد الملك في نفسه.

وإذا فرّعنا على التفاضل، فبدأ بالحرة فعتقت الأمة في ليلتها، وقبل انقضاء ليلة الأمة، التحقت بالحرة الأصلية، واستحقت تمام ليلتين. وإن عتقت بعد تمام ليلتها اقتصرت على ما مضى، وسوّى بينهما بعد ذلك.

ولو بدأ بها فعتقت قبل تمام نوبتها صارت كالحرة الأصلية، فإن عتقت بعد تمام نوبتها وجب توفية الحرة ليلتين، ثم يسوي بعد ذلك كله.

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف.

وفيه: أن رسول الله ﷺ حين تزوج أم سلمة وأصبحت عنده، قال لها: «ليس بك على أهلك هوان، إن شئت سبعت عندك، وإن شئت ثلثت، ثم درت،» قالت: ثلث.

وقريب من هذا ما أخرجه الدارمي في سننه: ٢/ ١٤٤. كتاب النكاح، باب الإقامة عند الثيب والبكر إذا بنى بهما.

ومهما ظلم في القسم، وأضاع على إحداهن يومها، ولم يعطه لضرتها، فلا قضاء، ويستأنف القسم.

وكذلك إن أقامه عند غيرها على المنصوص.

وأوجب أبو الحسن اللخمي القضاء استقراء من السليمانية، إذ قال فيمن له أربع نسوة فأقام عند إحداهن شهرين، ثم أراد المحاسبة، فقالت من أقام عندها: ابتدىء، فحلف: لا وطئها ستة أشهر حتى يوفي الباقيات حسابهن: ليس بِمُولٍ، لأنه لم يقصد الضرر، وإنما قصد العدل. قال: فأجاز المحاسبة.

قال الشيخ أبو الطاهر: وهذا الذي قال يحتمل أن يكون مراده، ويحتمل ألا يريد ذلك، بل يريد أنه يبتدىء، لكن لا يكون مولياً حتى يقصد الضرر، وهذا لم يقصده.

ولو غاضب إحداهن فصرفته، فهل له أن يبيت عند البواقي؟ فيه خلاف:

وإذا وهبت المرأة يومها من ضرتها، فللزوج أن يمتنع من القبول، فإن قبل فليس للموهوبة الامتناع.

وإن وهبت من الزوج نفسه، فليس له أن يخصص واحدة، بل الواهبة كالمعدومة، ثم لها الرجوع متى شاءت.

وما فات قبل بلوغ خبر الرجوع فلا يقضى.

الفصل الرابع
في المسافرة بهن

«وقد كان رسول الله ﷺ إذا هم بسفر أقرع بين نسائه رضي الله عنهن، فاستصحب واحدة حتى إذا عاد / دار عليهن من غير قضاء»[1]. [١٤٥/ب]

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفراً. عن عائشة =

واختلفت الرواية عن مالك، فروى عنه ابن عبد الحكم وجوب القرعة أخذاً بهذا الخبر. وروى تفويض الأمر إلى خبرته، وهي اختيار ابن القاسم، وعلل ذلك باختلاف أحوالهن، فمنهن من مصلحته ومصلحتها في إبقائها لثقل جسمها، وكثرة عائلتها، وحفظاً لأمواله، ومنهن الخفيفة القليلة العيال، القليلة العناء، لو بقيت خلفه، إلا أن يستوين في جميع ذلك، فيقرع بينهن، وبهذا يعتذر القائل بهذه الرواية عن الحديث المتقدم، ويحملهن على استواء الحال فيما ذكر.

وقد قيل: يقرع بينهن في الحج والغزو دون غيرهما من سفر التجارة وغيرها.

الفصل الخامس
في الشقاق

وله ثلاث حالات.

الأولى: أن يكون النشوز منها فيعظها، فإن هي قبلت، وإلا هجرها، فإن هي قبلت، وإلا ضربها ضرباً غير مخوف. فإن غلب على ظنه أنها لا تترك النشوز إلا بضرب مخوف لم يجز تعزيرُها أصلاً.

الحالة الثانية: أن يكون العدوان منه بالضرب والإيذاء، فيزجر عن ذلك، ويجبر على العود إلى العدل.

الحالة الثالثة: أن يشكل الأمر، وقد ساء ما بينهما، وتفاقم أمرهما، وتكررت للوليّ شكواهما، ولا بينة مع واحد منهما، ولم يقدر على الإصلاح بينهما، فيُبعث من جهة الحاكم أو من جهة الزوجين، أو من يلي عليهما حكمان لينظرا في أمرهما. ومن شرطهما

= أن النبي ﷺ كان إذا خرج أقرع بين نسائه. وأخرجه الدارمي في (سننه: ٢/ ١٤٤). كتاب النكاح، باب الرجل يكون عند النسوة.

أن يكونا عدلين فقيهين، والأكمل أن يكون حكم من أهله، وحكم من أهلها، فإن لم يكن لهما أهل، أو كان، ولم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم العدالة، أو لغير ذلك من المعاني، فإن الحاكم يختار عدلين من المسلمين لهما، أوعدلاً لأحدهما إن كان التعذر مختصاً به. ويستحب أن يكونا جارين. ثم المبعوثان حكمان لا وكيلان، وإن كان البعث من جهة الزوجين، ألا ترى أن للزوجة دخولاً في التحكيم، ولا مدخل لها في تمليك الطلاق. وقيل: بل هما وكيلان.

وإذا فرعنا على الأول، فينفذ تصرفهما في التطليق[1] والخلع إن رأياه، لعجزهما عن الإصلاح من غير افتقار إلى إذن الزوج، ولا إلى موافقة حكم حاكم البلد.

والذي عليهما أن ينظرا، فإن قدرا على الإصلاح أصلحا، وإن لم يقدرا نظرا، فإن رأيا الإساءة من قبل الزوج فرقا بينهما، وإن كانت من قبل المرأة ائتمناه عليها، وإن رأيا صلاحاً أن يأخذا له منها شيئاً، ويطلقاها عليه فَعَلا. وإن كانت منهما فرقا بينهما على بعض ما أصدقها، ولا يستوعبانه له وعنده بعض الظلم.

فـــرع:

لو كان الحكمان مستجرحين، وعلم القاضي بذلك، لم ينفذ حكمهما، وفي نفوذه إذا لم يعلم خلاف. وكذلك لو كانا عبدين، والمنصوص ههنا أنه لا ينفذ. ولو تراضى / بهما الزوجان وهما [١٤٦/ أ] مستجرحان لم يمض حكمهما. وقيل: يمضي.

قال بعض المتأخرين: والخلاف في أكثر هذه المسائل ينبيء عن تردد حكمهما بين التحكيم والتوكيل.

---

(١) كذا بالأصل ولعلها الطلاق.

ثم إذا حكما بالفراق مضى فعلهما، وكانت طلقة بائنة، وكذلك لو قالا: فرّقنا أو طلقنا، أو حكمنا بالفراق أو الطلاق، فإن حكما بأكثر من واحدة، أو بالثلاث، أو حكما بلفظ البتة، أو خلية أو برية، ونوى بها الحكمان ثلاثاً، لم يلزم في ذلك كله إلا واحدة فقط، دخل بها أم لا، لأن ما زاد على واحدة خارج عن معنى الإصلاح. وقيل: ينفذ ما حكما به.

ولو اختلفا، فحكم أحدهما بالطلاق، والآخر بالبقاء، أو حكم أحدهما على مال. والآخر على غير مال لم يلزم شيء إلا باجتماعهما، إلا أن ترضى الزوجة بالمال الذي قال أحدهما، وقد اجتمعا على الفراق فيلزم.

ولو اتفقا على إيقاع الطلاق، واختلفا في العدد، فأوقع أحدهما واحدة، وأوقع الآخر الثلاث أو البتة، وقعت الواحدة فقط، لاتفاقهما عليها. وقيل: لا يقع شيء أصلاً لاختلافهما.

وقيل: تمضي الواحدة إن حكم معها بالثلاث. فأما إن حكم معها بالبتة، فلا يمضي الحكم بشيء أصلاً. وهذا القول مبني على أن أبعاض الجمل كنوع آخر، وهو أصل مختلف فيه، وعليه يخرج حكم مطلق البتة إذا استثنى منها.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب الخلع

وفيـه أبـواب:

الباب الأول

في حقيقته

وهو عبارة عن خلع العصمة بعوض من الزوجة أو من غيرها

وفيـه فصـلان:

الفصـل الأول

فــي أثــره

وهو الطلاق، فتقع طلقة بائنـة.

فـرعـان:

أحدهمـا: لو وقع التنصيص على أنها رجعية مع وجود البدل، فهل تمضي كذلك مراعاة للقصد ولما دخلا عليه؟، أو ترجع إلى الأصل؟ روايتان. والرجوع إلى الأصل مذهب الكتاب[1]. وسبب الخلاف معارضة البدل للشرط.

---

(1) المدونة: ٢/ ٣٤٣. كتاب الخلع، ما جاء في خلع غير المدخول بها.

الثانـــي: عكسه، وهو أن يعرّى الطلاق من العوض، ويقصد[1] البينونة، فحكى القاضي أبو محمد أن الطلاق يكون بائناً عند مالك، ورجعياً عند أشهب.

وقـد رُوي فيمن قال: أخـالعك على أن أعـطيك مـائة درهم، فقبلت، كانت بائنة، لا يملك رجعتها.

وكذلك لو لم يعطها الزوج شيئاً، فخالعها، فهي بذلك أيضاً بائن، وفي الكتاب[2] أنه سئل عن المطلق طلاق الخلع، أوَاحـدة بائنة، أم واحدة وله الرجعة، أو البتة؟ فقال: لا، بل البتة، لأنه لا تكون واحدة بائنة أبداً إلا بخلع، وصار كمن قال لزوجته التي دخل بها: أنت طالق طلاق الخلع. ومن قال ذلك، فقد أدخل نفسه في الطلاق البائن. ولا يقع في الطلاق بائن إلا بخلع، أو يبلغ به الأقصى، وهي البتة.

ثم عقب هذا في الكتاب[3] بذكر اختلاف رواية ابن وهب عن مالك / فيمن طلق وأعطى، أنها رجعية، أو بائن. [١٤٦ / ب]

قال أبو بكر بن عبد الرحمن: صحيح المسألة خالع وأعطى.

وكذلك ذكرها محمد عن الحارث عن ابن وهب عن مالك.

وقال عبد الحق: الاختلاف الذي ذكر إنما هـو في كتاب ابن وهب، فيمن صالح وأعطى وليس فيمن طلق وأعطى. وكذلك أيضاً في كتاب ابن المواز. قال: وهذا هو الصحيح، إذ أن من طلق وأعطى لا خلاف أن الرجعة له، لأنه إنما وهبها هبة وطلقها، فليس هذا من الخلع في شيء.

---

(١) س: تقصد.

(٢) المدونة: ٢/ ٣٤٣.

(٣) المدونة: ٢/ ٣٤٣.

وقد نقل بعض المتأخرين فيمن طلق وأعطى إذا قصد بذلك طلاق الخلع ثلاثة أقوال: واحدة رجعية، واحدة بائنة، وثلاثاً.

ثم قال: والأقوال الثلاثة جارية فيمن قال: أنت طالق طلاق الخلع.

فـــرع:

قال ابن القاسم في العتبية: قال مالك فيمن طلق امرأته واحدة، فأعطته مالاً في العدّة على أنه لا رجعة له عليها، قال: أراه خلعاً، وتلزمه طلقة بائنة[1]. وقال عيسى عن ابن القاسم مثله.

وقال: على أن لا يراجعها، قال: وتبني على عدتها.

وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب أنه قال: إن شاء راجعها وردّ إليها المال.

وفي كتاب محمد روى عبد الرحمن بن أبي جعفر الدمياطي[2] عن ابن وهب أنه قال: لا يلزمه غير الطلقة الأولى، ولا رجعة له عليها[3].

الفصل الثاني

في نسبة الخلع إلى المعاملات

وهو يجري في ثبوت العوض في الذمة مجرى البياعات، فيقول: خالعتك أو طلقتك على ألف. فهو كالمعاوضة في اشتراط القبول. ولو قال: طلقتُ ثلاثاً على ألف، فقالت: قبلت واحدة على ثلث الألف، لم تقع. ولو قبلت الواحدة بكمال الألف وقعت.

---

(١) في س: ثانية.

(٢) أبو زيد عبد الرحمن بن أبي جعفر الدمياطي، فقيه محقق روى عن الإمام مالك وسمع من كبار أصحابه كابن القاسم وابن وهب وأشهب، وله عنهم سماع، وروى عنه يحيى بن عمر وغيره. ت: ٢٢٦. (الديباج: ١/ ٤٧١. الشجرة: ٥٩).

(٣) في س: فيها.

أما إذا أتى بصيغة التعليق فقال: متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق. فهـذا تعليق محض، فلا يحتـاج إلى قبولهـا، ولا إلى إعـطائهـا في المجلس، ولا له الرجوع قبل الإعطاء.

ولو قال: إن أعطيتني، فهو كذلك، إلا أن يظهر من قصده أنه أراد تعجيل الإعطاء في المجلس فيتقيّد به. فإن أتت صيغة التعليق من جانب المرأة فقالت: متى ما طلقتني فلك ألف، لم تختص بالمجلس، إلا أن تكون قرينة تدل على ذلك.

ولو قالت: طلقتني ثلاثاً على ألف، فقال: طلقتك واحدة على ثلث الألف، استحق ثلث الألف. وكذلك لو قال: على الألف، نفذ واستحق الألف على المنصوص، ولا كلام لها، لأن مقصودها حاصل.

الباب الثاني
في أركان الخلع

وهي أربعة: العاقدان والعوضان.

الأول: الموجِب، وشرطه أن يكون مكلفاً زوجاً، أو من أقيم مقامه، كالأب في غير البالغ من بنيه إذا أخذ له شيئاً. فإن كان بالغاً سفيهاً، فقيل: يجوز خلع الأب عنه قياساً على نظره في أمواله. وقيل: لا يجوز قياساً على الطلاق وكالوليّ في الصغير. وكالسيّد في عبده وأمته.

وقيل: لا يمضي خلع السيد عليهما بغير اختيارهما. ومنشأ الخلاف النظر إلى الإجبار على النكاح وهذا من توابعه، أو إلى كون العقد قد استقل ولا حكم للسيد فيه فلا / يزيله بغير اختيارهما. وعن [١٤٧/ أ] هذا رأى أبو الحسن اللخمي: أنه يخالع عن الأمة التي العصمة بيد غيرها، دون العبد الذي العصمة بيده.

واختلف في صحة خلع السفيه. ثم إذا صحّحناه، فلا يبرأ المختلع بتسليم المال إليه، بل إلى الوليّ.

الركن الثاني: القابل.

وشرطه أن يكون أهلاً لالتزامِ المال، والتزام الأمة فاسد، واختلاعها بإذن السيد صحيح، ولا يكون السيد ضامناً للمال.

واختلاع السفيه باطل لا يوجب المال، ويُرد إن كان قبض، لكن إذا قبلت وقع الطلاق.

وإذا اختلعت الصبية لم يلزمها العوض، ووقع الطلاق.

وروي عن ابن القاسم في التي لم تحض، وقد بنى بها الزوج، فصالحته على مال أعطته إياه، فذلك نافذ، وله ما أخذ إن كان يصالح به مثلها.

قال أبو بكر: المعروف من قول أصحابنا، أن المال مردود، والصلح ماض.

ويصح صلح الأب عن[1] من يجبر من بناته، وعن صغار ذكور ولده. واختلف في سفهاء بالغيهم، وفيمن لا تجبر، ولا تملك[2] أمرها. ومنشأ الخلاف أن النظر فيه مشترك بين المال والبضع بأيهما يغلّب؟.

والمريضة إذا اختلعت بخلع مثلها مضى ذلك على ورثتها في رواية ابن وهب.

ومذهب الكتاب[3] في ذلك أنه لا يجوز للزوج منه إلّا قدر ميراثه منها أو أقلّ.

فـــرع:

وهل يعتبر قدر ميراثه منها يوم الخلع أو يوم الموت؟ فيه خلاف، ثمرته الحكم برجوع الورثة على الزوج لو هلك مالها أو بعضه قبل الموت، وعدم رجوعهم.

---

(١) س: على.

(٢) س: لا يجبر ولا يملك.

(٣) المدونة: ٢/ ٣٥١. كتاب الخلع، باب في خلع المريض.

الركن الثالث: المعوَّض.

وشرطه أن يكون مملوكاً للزوج، فلا يصح خلع البائنة، والمختلعة، والمرتدة، ويصح خلع الرجعية.

الركن الرابع: العِوَض.

وشرطه أن يكون متموَّلاً.

ولا يشترط في صحة الخلع كونه سليماً من الغرر والجهالة، بل لو خالع على مجهول صح الخلع، ووقع الطلاق، إذ ليس سبيله سبيل المعاوضات المحضة كالمبايعات التي تبتغى فيها الأثمان، وإنما المبتغى في هذا تخلص الزوجة من الزوج، وملكها لنفسها، وفارق النكاح لأن الصداق حق لله سبحانه، وتجويز الجهالة فيه ذريعة إلى إخلاء النكاح عنه، وليس كذلك الخلع.

واختلف في حكم الإقدام عليه، فحكى فيه بعض المتأخرين ثلاثة أقوال: الجواز، والمنع، والكراهة.

أما لو اختلعت بخمر أو خنزير أو مغصوب، فلا يختلف المذهب في منعه ابتداءً، ونفوذه إذا وقع، والمنصوص أنه لا شيء للزوج فيه. واستقرأ أبو الحسن اللخمي إيجاب خلع المثل من خلع المريضة.

ولو خالعها على أن أخّرته بديْن واجب لها تعجيله، أو على أن أسقطته وأخذت ماله تأجيله، فالخلع ماض، والدين باق بحاله، ويبطل فعلها، ويخرج على الخلاف المتقدم في إيجاب خلع المثل.

وإن خالعته على حلال وحرام، كمال وخمر، جاز منه الحلال، ولا شيء للزوج غير ذلك.

وإن خالعها على عبد آبق، على أن زادها ألف درهم، / فجوزه في [١٤٧/ ب]

الكتاب[1]، وقدر أن العبد يجعل في مقابلة المعلوم، وهي الدراهم، فإن فضل فضل كان للخلع.

قال أبو محمد عبد الحق: وهو جارٍ على مذهب ابن نافع في الموضحتين، أنه يجعل الشِّقْصَ المصالحَ به لموضحة الخطأ. وأما على مقتضى قول ابن القاسم في قسمة المأخوذ بين الموضحتين، فيكون نصف العبد ههنا في مقابلة نصف الألف، فيفسخ البيع به، وترد المرأة نصف الألف للزوج، ويبقى لها نصف العبد الآبق، وللزوج النصف الآخر بحق الخلع.

وإذا فرعنا على القول الأول، فهل تعتبر القيمة يوم الخلع، أو يوم قبض العوض، المشتمل على الغرر، وهو المشهور؟ قولان.

ولو خالعها على ما في يدها، ورضي، ففتحت يدها فلم يجد فيها شيئاً، فقال أشهب: لا يلزمه طلاق. قال: وكذلك إن وجد حجراً. وإن وجد ما ينتفع به كالدرهم ونحوه لزمه الخلع.

وقال ابن الماجشون: يلزمه الخلع لأنه رضي بما غرّته. وقاله محمد وسحنون.

قال عبد الملك: ولو قالت أخالعك بعبدي هذا، ثم استُحِقّ، فإن كان لها فيه شبهة ملك لزمه الطلاق، ورجع عليها بقيمته، وإن لم تكن لها فيه شبهة ملك لم يلزمه طلاق.

قال: وكذلك لو قالت: خالعني على عطائي، ولا عطاء لها، أو لها عطاء معوَّق عنها.

فــرع:

حيث وقع الخلع بالغرر وأمضيناه، فالخلع في طلب الآبق والشارد

---

(١) المدونة: ٣٣٧. من باب «ما جاء في الخلع».

على الزوج إذا لم تتحمل له المرأة النفقة على ذلك.

وأما الجنين والثمرة، فقال أبو محمد عبد الحق عن بعض شيوخه القرويين: إذا خالعته على جنين في بطن أمه، فالنفقة على المرأة إلى خروج الجنين.

وقال: وكذلك إذا خالعته على ثمر لم يبد صلاحه، فالنفقة على الأصول على المرأة، كالبيع على التبقية إذا أمضينا ذلك على غرره. وليس للمرأة أن تجبر الزوج على جد[1] الثمرة، لأنه إنَّما دخل على بقائها.

وقال: وقال غيره من شيوخنا القرويين: سقي الثمرة على الزوج، وليس ذلك كالبيع، وجعل السقي كالجائحة.

ولو خالعها على أن ترضع ولده حولين، وتحضنه، صح، فإن أضاف إليه نفقة عشر سنين سقطت. وقال المخزومي: لا تسقط.

قال أبو القاسم بن محرز: ومذهب المخزومي أظهر وأشبه بمذاهبهم في الخلع بالغرر.

قال: وإنما فرق مالك بينه وبين من خالع بغرر كالآبق والشارد، ونحو ذلك، لأن هذا الذي خالع على الآبق والشارد، إنما خالع على عين إن أخذها، وإلا فلا شيء له. والذي خالع على نفقة الولد أكثر من عامين، شرط النفقة في ذمة على غرر، وقد لا يسلم الولد، فيؤدي الأمر إلى الخصومة فيما شرطت على نفسها لاشتباه الحكم في ذلك. وإنما سامح في العامين وما دونهما وإن كانت غرراً أيضاً، لأن الصبي مضطر إلى رضاع أمه في الحولين. ولو لم يشترط ذلك عليها لشق على أبيه

---

(١) الجدّ: القطع. (اللسان: جدد).

[١٤٨/ أ] تكلف من ترضعه. وليس في النفقة بعد الحولين في الطعام والشراب ما يشق على الأب / تكلفه.

وإذا فرعنا على المشهور في قصر الصحة على الحولين، ثم ماتت الأم رجع الأب بذلك في تركتها.

ولو كان الولد هو الذي مات قبل انقضاء مدة الرضاع، ففي رجوع الأب فيما بقي عليها خلاف.

ومما يتعلق بالعوض[١] موافقة الوكيل ومخالفته، والنظر في وكيله ووكيلها.

أما وكيله، فإن قال [له][٢]: خالعها بمائة فخالف ونقص، بطل الخلع ولم يقع الطلاق.

ولو قال مُطْلِقاً: خالعها، فنقص عن خلع المثل، فادعى الزوج أنه أراد خلع المثل فالقول قوله.

وأما وكيلها بالاختلاع بمائة، فإن زاد وقع الطلاق، ولزمتها المائة، والزيادة على الوكيل. وإن أضاف الوكيل الاختلاع على نفسه، صح، ولزمه المسمى. وإن لم يصرح بالإضافة إليها أو إلى نفسه حصلت البينونة، وعليها ما سمت، والزيادة على الوكيل. وإن أذنت مطلقاً فهو كالمقيد بخلع المثل.

---

(١) كذا في الأصل، وفي سائر النسخ: بالغرض.

(٢) في الأصل: لها، وما أثبتناه من س، م.

الباب الثالث

في موجب الألفاظ المعلّقة بالإعطاء

وفيـــه مسائــل:

الأولــى: إذا قال: إن أعطيتني ما أخالعك عليه خالعتك، فأعطته نصف دينار مثلاً، فقال: لم أرد هذا، وإنما أردت نصف ما تملكينه، فلا يلزم الخلع. قال في الرواية: ويخلى بينه وبينها.

وعند الشيخ أبي إسحاق: أن له أن يطالبها بجميع ما تملكه.

وأنكر هذا الشيخ أبو الحسن اللخمي، ورأى أن ذلك ليس من مقاصد الناس، وإنما يقصدون بعضَ المال لا كلَّه.

الثــانيــة: إذا علّق بـالإقبــاض والأداء والإعــطاء، لم يختص بالمجلس، إلا أن يظهر ما يدل على اختصاصه به.

وإن كان مما يقتضي الجواب، ففي بقائه لها وإن تفرقا خلاف.

ولو قال لها: متى ما جئت بكذا فارقتك، أو أفارقك، فأصل هذا أن ينظر، فإن فُهم عنه الالتزام لزمه، وإن فُهم عنه الوعد فالمذهب على قولين في وجوب الوفاء به.

قال الشيخ أبو الطاهر: فأما لو أدخلها في شيء بذلك الوعد، فالمذهب اللزوم. قال: وفي هذه المسألة قولان منصوصان، وهما منزّلان على ما قلنا.

الثالثة: إذا قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأعطته ألفين، طلقت.

وكذلك لو قال: خالعتك على ألف، فقالت: قبلت بألفين.

الرابعة: إذا قال: إن أعطيتني ألف درهم، وفي البلد نقود مختلفة، والغالب واحد، فأتت بغير الغالب، لم يقع الطلاق، بل يختص وقوعه بالغالب، كالإقرار والمعاملة. ولو أتت بألف معيب لم تطلّق، لوجوب تنزيل المُطْلَق على المعتاد، وهو السليم.

الخامسة: إذا كان الغالب دراهم عددية، قُبِل تفسير التعليق بالمعتاد، كما ينزل عليها البيع والإقرار.

وكذلك الحكم في الدراهم المغشوشة إذا كانت هي الغالبة في التعامل.

السادسة: إذا قال: إن أعطيتني عبداً فأنت طالق، ووَصَف العبدَ بما يميزه من الأوصاف، فأتت به على الصفة المذكورة طلقت، وملكه الزوج.

وإن اقتصر على ذكر العبد مطلقاً، طلقت بما ينطلق عليه اسم العبد من السليم.

ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد، فأعطته، فخرج مُسْتَحَقاً، رجع بقيمته. ولو خرج حرّاً رجع بقيمته أيضاً أن / لو كان عبداً. وقيل: لا يرجع بشيء. [١٤٨/ ب]

ولو قال: إن أعطيتني هذا الحرّ وقع الطلاق بإعطائه رجعياً.

ولو قال: إن أعطيتني هذا الثوب المروي[١] فإذا هو هروي، طلقت إذا أعطته.

(١) الثوب المروي، نسبة إلى بلد مرو.

الباب الرابع

في سؤال الطلاق

وفيه فصول.

الفصل الأول

في ألفاظه

وفيه صور نذكرها متتالية. فنقول:

إذا قالت: متى ما طلقتني فلك ألف، لم يختص الجواب بالمجلس، إلا أن يظهر من قرينة حالها ذلك.

ولو قالت: طلقني ولك عليّ ألف، فطلق، لزمها الألف، وصلحت هذه الصيغة منها للالتزام، وإن لم تصلح منه للالتزام.

ولو قالت: طلقني على ألف، فقال: طلقتك ولم يذكر المال لزمه الطلاق، وكان جواباً.

ولو قالت: أَبِنّي بألف، فقال: أَبَنْتُكِ بعد الخلع، ولزمها الألف.

ولو قالت: أَبنّي، من غير ذكر مال، فقال: أبنتك، وقع الطلاق الثلاث، ولم يلزمها مال.

الفصل الثاني

في التماسها طلاقاً مقيّداً بعدد

فإذا قالت: طلقني ثلاثاً بألف، فطلق واحدة، استحق الألف على المنصوص، وكذلك لو قالت: طلقني عشراً بألف، استحق الألف بواحدة.

ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فطلقها ثلاثاً، استحق الألف، ولا كلام لها على المنصوص.

ولو قالت: طلقني نصف طلقة، أو طلقْ نصفي بألف، فطلق، بانت، وعليها الألف.

الفصـــل الثـالـث

فـي المعلـق بزمـــان

فإذا قالت: طلقني غداً ولك ألف، استحق الألف مهما طلق، إما في الغد، وإما قبلـه إذا فهم من مقصودها تعجيل الطلاق. وإن فهم منها تخصيص اليوم لم يستحق. ولو طلق بعده لم يستحق.

ولو قالت له: لك ألف إن طلقتني في جميع هذا الشهر، ولم تؤخر، استحق الألف إن وافق.

ولو قال: أنت طالق غداً على ألف، فقالت في الحال: قبلت، وقع الطلاق في الحال، واستحق الألف.

الفصـــل الـرابـع

فـــي اختـلاع الأجنبـي

وهو صحيح، كاختلاعها، ولا يشترط رضاها، لكن المال يجب على الأجنبي، وإن كان وكيلاً من جهتها، تخير بين أن يخلع مستقلاً، أو بالوكالة، ويعرف ذلك من لفظه ونيته. فإن لم يصرح بالسفارة ونوى النيابة، تعلقت به العهدة، كما في الشراء.

ولو كان المختلع أباها وهي صغيرة، كان كالوكيل.

وإن اختلعها بالبراءة من الصداق صح إذا رآه نظراً.

البَابُ الخَامِسُ

في النِّزاع

وفيه صور:

إحداها: أن يقع في أصل ذكر العوض، فالقول قولها مع يمينها إذا أنكرت أصل العوض، والبينونة تحصيل مواخذة له بقوله.

وقال عبد الملك: القول قوله، وتعود زوجَهُ بعد أن يحلف الزوج أنه خالع على ما ذكر، وتحلف هي أنه كان طلاقاً بغير عوض.

قال أصبغ: إلا أن يقول الزوج: إنما أردت أن لا يتم الخلع حتى تعطيني إذا نسق ذلك بإقراره بالخلع، فأما إذا قاله بعد ذلك، فلا قول له.

الثانية: النزاع في جنس العوض وقدره، والقول قولها فيهما مع يمينها.

الثالثة: إذا توافقا على جريان الخلع بألف درهم مطلقاً، وفي البلد نقود مختلفة لا غالب فيها، ولكن / نويا نوعاً واحداً، صح [١٤٩/ أ] الخلع.

الرابعة: النزاع في المعوّض.

فإذا قالت: سألتك ثلاث تطليقات بألف. فأجبتني، فقال: بل

سألت واحدة. فقد اتفقا على الألف ووقوع البينونة بها، وتنازعا في عدد الواقع من الطلاق، فالقول فيه قوله.

الخامسة: إذا خالعته على عبد غائب، فمات، أو وجد به عيباً، فقال: كان ذلك قبل الصلح، وقالت هي: بعده. فهي مدّعية، وعليها البينة. وإن ثبت أنه مات بعد الصلح، فلا عهدة، بخلاف البيع.

قال عبد الحق: قال غير واحد من شيوخنا القرويين: إذا خالعته على عبد آبق فثبت أنه مات قبل وقوع الخلع بينهما، لم يكن للزوج درك على المرأة، لأنه على الغرر دخل، إلا أن يثبت أن المرأة علمت بموت الآبق قبل الخلع، فتكون قد غرّته، فعليها قيمة الآبق على غرره.

فروع:

لو خالع ثم تبين كون النكاح فاسداً، رد ما أخذ منها إن كان النكاح مجمعاً على فساده. وإن كان مختلفاً فيه، جرى على القولين في مراعاة الخلاف.

وإن تبين أن به عيباً يوجب الخيار، أو بها، فقال محمد: يمضي الخلع، وله ما أخذ من كل شيء يجوز المقام عليه. وإنما يردّ ما أخذ في نكاح لا يُقرّان عليه مثل الحرام ونحوه.

وخالف عبد الملك بين عيوب الرجال وعيوب النساء، فقال: إن كان العيب بالرجل، رد عليها ما أخذ منها. وكذلك في كتاب ابن سحنون.

قال محمد: والحجة على عبد الملك أن الرجل يفارق امرأته، ثم يقول بعد ذلك: إنه قد كان بها من العيوب ما كان، له أن يردها به، فلا يكون له بذلك حجة، ولا ينتفع بشيء من ذلك.

قال: أبو إسحاق التونسي: ولا يمتنع عبد الملك أن يقول ما قاله محمد إذا ثبت أن بها عيوباً قبل أن يفارقها لو علم الزوج بها لفارقها،

ولم يلزمه صداق، لأنه يقول: ظننت أنه لا عيب بها، فلهذا أعطيتها نصف الصداق حين طلقتها.

كما تقول المرأة إذا أعطت الزوج شيئاً على الخلع ثم ثبت أن به عيباً لو علمته لقدرت على فراقه بغير شيء، فتقول: لو علمت لأخرت فراقه، ولم أعطه شيئاً. ولا فرق بين السؤالين.

قال: وقد اختلف في خلعها في النكاح المختلف فيه، مما يجب أن ينفسخ لو علم به قبل خلعها، فقيل: يمضي الخلع، وقيل: يرّد.

ومسألة عيب الرجل أشد في الخلع من النكاح المختلف فيه، لإِمْكان أن يرفع إلى من يرى إثباته، فقد انتفعت[1] بالخلع، إذ قد يمكن لو رفعته إلى حاكم لأقره.

وأجرى الشيخ أبو الطاهر الخلاف في هذه المسألة على الخلاف في الرد بالعيب هل هو نقض للعقد من أصله، فيردّ ما أخذ منها، أو هو نقض عند الرد خاصة فيمضي.

ولو حلف بطلاقها إن خالعها، ثم خالع، فإن كانت يمينه بالثلاث، ففي الرواية أنه يردّ ما أخذ منها، ويمضي عليه الطلاق الثلاث.

وأجراه أبو الحسن اللخمي على الخلاف في حق من قال: إن بعت عبدي فهو حرّ، ثم باعه. والمشهور مضيُّ / العتق. والشاذ أن [١٤٩/ ب] البيع ماض، ولا عتق، وعلى هذا يمضي الخلع، ولا ترجع عليه بشيء.

وإن كان الطلاق المحلوف به دون الثلاث، ففي الرواية أنه يقع ما حلف به وطلاق الخلع.

وأجراه أبو الحسن اللخمي على الخلاف فيمن أتبع الخلع طلاقاً، أو قال لغير المدخول بها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، نسقاً، هل يلزمه ما بعد الواحدة أم لا؟.

---

(١) س: انتفع.



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الطَّلَاق

والنظر في شرطين:

الأول: في عموم أحكامه.

والثاني: في التعليقات خاصة.

أما النظر الأول ففيه خمسة أبواب:

البَابُ الأَوَّل
في السّنة، وَالبدعَة

وفيه فصلان:

الفصل الأول
في بيان الطلاق السني والبدعي

وطلاق السنة هو الواقع على الوجه الذي أباح الشرع إيقاعه عليه.

والبدعي نقيضه، وهو الواقع على الوجه الذي منع الشرع إيقاعه عليه.

ولمنع إيقاع الطلاق أسباب:

أحدها: الحيض فيمن تعتدّ به، فطلاق الحائض بعد الدخول بدعيّ. واختلف في منعه، هل هو لما فيه من تطويل العدة، إذ بقية الحيض لا تحتسب. أو هو غير معلل. ولا بدعة في طلاق غير الممسوسة من هذا الوجه.

والخلع في الحيض كابتداء الطلاق فيه. وقيل: يجوز.

واختلف في علة الجواز: فقيل: لأن ذلك تطويلٌ برضاها. وقيل: إنه معلل بضرورة الافتداء.

ويخرج على تحقيق العلة فرعان:

جواز الطلاق برضاها، وإن لم يكن عوض. واختلاع الأجنبي.

وفي التطليق على المُولي في الحيض للضرورة روايتان.

فرع:

من واقع المكروه، فأوقع الطلاق في حيض أو نفاس، ففي سياق كلام أشهب في كتاب محمد: أجبر على الرجعة سواء ابتدأه أو حنث فيه فإن أبى هدد بالسجن، فإن استمر على الامتناع حبس، فإن أصر ضُرب بالسوط، ويكون ذلك كلّه قريباً في موضع واحد، لأنه على معصية، فإن لم يطع ارتجع الحاكم عليه.

ثم هذا الأمر بالارتجاع والإجبار عليه مستمر عند ابن القاسم ما بقي من العدة شيء.

وقال أشهب: يجبر ما لم تطهر من الحيضة الثالثة لحيضة الطلاق، لجواز ابتدائه الطلاق حينئذ.

فــرع مرتــب.

إذا أجبر على الرجعة ولم ينوها، فقال الشيخ أبو عمران: له الوطء بعد ذلك وهو كالمتزوج على طريق الهزل.

قال عبد الحق: وهذا ظاهر ما رأيته لمن تقدم من أهل المذهب. قال: ورأيت لبعض البغداديين ما ظاهره طلاق هذا، وأنه لا يجوز له الوطء.

ثم المستحب بعد الارتجاع أن يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء طلقها بعد ذلك، لئلا تكون الرجعة للطلاق.

فإن طلق في الطهر التالي للحيضة التي طلق فيها كره له ذلك، ولم يجبر على الرجعة.

فــرع:

روى عيسى عن ابن القاسم، فيمن طلق امرأته فقالت: طلقتني في الحيض، وقال هو: بل وأنت طاهر. / أن القول قوله. [١٥٠/ أ]

وروى ابن سحنون عن أبيه، فيمن طلق امرأته، فقالت: إني حائِضة، أنها مصدقة، ولا تكشف، ويجبر على الرجعة، ولا أرى أن ينظر إليها النساء.

السبب الثاني: التعدّد، فمن أوقع عدداً في دفعة واحدة اثنتين أو ثلاثاً، فطلاقه بدعيّ. ولا يكون الطلاق سنيّاً إلا مع الاتحاد وعدم التعدد، فلا يوقع في دفعة واحدة ولا في طهر واحد أكثر من طلقة واحدة فقط.

السبب الثالث: إمكان الحمل، فالطلاق في طهر جامعها فيه بدعي. ولو وطئها في الحيض، ثم طلقها فيه، فهو بدعي أيضاً.

والآيسة والصغيرة لا بدعة في طلاقهن إلا من حيث العدد.

ويخرج حكم طلاق غير الممسوسة والحامل في حال حيضها على الخلاف في تعليل منع الطلاق في الحيض، هل هو معلل أو غير معلل.

الفصـــل الثـانـي
فـي التعليـق بالسـنة والبدعـة

وفيـــه مسـائـــل:

الأولـــى: إذا قال للحائِض: أنت طالق للبدعة طلقت في الحال، وأجبر على الرجعة.

وكذلك لو قال: للسنة، للزمه مكانها طلقة، وأجبر على الرجعة، إذ كأنه قال: إذا طهرت فأنت طالق، فينجز عليه الطلاق الآن على المشهور من المذهب.

ولو قال للطاهر: أنت طالق للسنـة وقع في الحال.

وكذلك إن قال: للبدعـة على الخلاف المتقدم.

أو قال: أنت طالق إذا حضت.

واللام فيما ينتظر للتأقيت، كقوله: أنت طالق لرمضان، فيقع الطلاق إذا كان التأقيت لما يأتي بلا بدٍّ. وكذلك إن كان غالباً، على المشهور.

وإن كان الإمكان في إتيانه وعدم إتيانه على السواء لم يقع إلا بعد إتيانه.

بخلاف قوله: أنت طالق لرضا فلان، فإنه للتعليل، فيقـع في الحال وإن سخط فلان.

الثانيـــة: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة، لزمه الآن ثلاث على المشهور، لأن ما عجل عليه يقع على التنزيل قبل فراغ العدة، إذ كأنه قال: أنت طالق في كل طهر طلقة.

الثالثة: إذا قال للطاهر المدخول بها، وهي ممن تحيض: أنت طالق ثلاثاً، بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة، لزمه ثلاث مكانه.

وكذلك لو قال ذلك لغير مدخول بها، لطلقت مكانها ثلاثاً أيضاً، لأن طلاق البدعة فيها يكون ثلاثاً. ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً للسنة، فقال سحنون: لا يلزمه فيها إلا طلقة، لأنها لا عدة عليها، فكأنّ الطلقتين أوقعهما على غير زوجة، كما لو قال: أنت طالق اليوم، وطالق غداً، وطالق بعد غد، وهي قد بانت بالأولى.

الرابعة: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلقة. طلقت واحدة، إن كانت غير مدخول بها.

وإن كانت مدخولاً بها طلقت ثلاثاً الآن على الخلاف المتقدم.

الخامسة: إذا قال: أنت طالق خير الطلاق وأجمله وأفضله وأحسنه، طلقت واحدة، إلا أن ينوي أكثر.

ولو قال: أقبح الطلاق وأسمجه وأشرّه، أو أقذره، أو أنتنه، أو أبغضه / فهي ثلاث. [١٥٠/ ب]

ولو قال: أنت طالق واحدة عظيمة، أو قال: كبيرة، أو شديدة، أو طويلة، أو خبيثة، أو منكرة، أو مثل الجبل، أو مثل القصر، أو أنت طالق إلى البصرة أو إلى الصين. فذلك كله سواء، وهي طلقة، وله الرجعة، إلا أن ينوي أكثر.

الباب الثاني

في أركان الطلاق

ولا بدّ لنفوذ الطلاق من أهل ومحلّ ولفظ أو ما يقوم مقامه من الفعل، وقصد إلى اللفظ، وولاية على المحل. فهذه خمسة أركان:

الأول: وهـو المطلِّق.

وشرطه أن يكـون مسلماً مكلّفـاً. فلا ينفـذ طلاق الكـافر، ولا الصبيّ، ولا من زال عقله بجنون، أو إغماء، أو نحو ذلك. من نوم أو غيره مما يذهب الاستشعار.

أما السكران بخمر أو نبيذ، فالمشهور نفوذ طلاقه.

قال الإمام أبو عبد الله: وقد رويت عندنا رواية شاذة، أنه لا يلزم.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا يلزمه طلاق ولا عتاق.

ونزّل الشيخ أبو الوليد الخلاف على المخلط الذي معه بقية من عقله، إلا أنه لا يملك الاختلاط من نفسه، فيصيب ويخطىء.

قال: فأما السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة، فلا اختلاف في أنه كالمجنون في جميع أفعاله وأحواله، فيـما بينه وبين الناس، وفيما بينه وبين الله تعالى أيضاً، إلا فيما ذهب وقته من الصلوات، فقيل: إنها لا تسقط عنه، بخلاف المجنون، من أجل أنه بإدخاله السكر على نفسه كالمتعمّد[1] لتركها حتى خرج وقتها.

(١) في الأصل: المعتمد.

الـركـن الثانـي: اللفظ، وما يقوم مقامه من الفعل، وفيه فصــول ثـلاثــة:

الفصـل الأول
فـي اللفــظ

وينقسم إلى الصريح والكناية، وما عداهما.

أما الصريح، فما تضمن لفظ الطلاق على أيّ وجه كان، مثل أن يقول: أنت طالق، أو أنت مطلقة، أو قد طلقتك، أو الطلاق لي لازم، أو قد أوقعت عليك الطلاق، وأنا طالق منك، وما أشبه هذا مما ينطق فيه بالطلاق، فيلزم بهذه الألفاظ الطلاق، ولا يفتقر إلى النية. ومُطلَقُها واحدة، إلا أن ينوي أكثر.

وأضاف القاضي أبو الحسن إلى ذلك قوله: سرحتك، وفارقتك، وأنت حرام، وبتة، وبتلة.

فأما لفظ السّراح والفراق فيأتي حكمهما، وأما ما عداهما، فيقتضي الثلاث، إلا أن ينوي في غير المدخول بها دونها، فيقبل في الجميع، خلا البتة، فإن قبول ذلك فيها مختلف فيه.

وأما الكناية فقسمان: ظاهرة ومحتملة.

فأما الظاهرة، فهي ما جرى العرف أن يطلّق بها في اللغة والشرع، مثـل قولـه: أنت خليّة، وبـرية، وبـائن، وبتة، وبتلة، وحبلك على غاربك، وأنت حرام، وأنت عليّ كالميتة والدم ولحم الخنزير. وكذلك الفراق والسراح، واعتدي[1].

فأما قوله: خلية وبرية، وبائن، وبتة، وبتلة، وحرام، وحبلك على غاربك، فهذه جارية مجرى الصريح، لا يقبـل منه أنـهُ لم يرد بهـا الطلاق، ولا يقبل منه أنه أراد بها في المدخول بها دون الثلاث، إلا أن

---

(١) بهامش س: انظر أحكام القرآن لأحمد بن علي.

يكون على وجه الخلع. وتقبل دعواه في غير المدخول بها، وفي البتة خلاف. / قيل: إنها ثلاث، لا يقبل دعوى[1] دونها بوجه. فأما اعتدي، [١٥١/ أ] فيقبل منه ما أراد من أعداد الطلاق.

وإن قال: لم أرد طلاقاً، فإن كان قد تقدم كلام يجوز صرفه إليه قُبِل منه. وإن كان ابتداءاً كان طلاقاً.

وأما خلّيتك، وفارقتك، وسرحتك، فدعواه ما دون الثلاث مختلف فيه. قال القاضي أبو محمد: والصحيح أنه لا يقبل منه.

وأما المحتملة، فمثل قوله: اذهبي، وانطلقي، وانصرفي، واغرُبي، وما أشبه ذلك، فيقبل منه ما يدعيه من إرادة الطلاق، أو غيره، والثلاث فدونها.

ويلحق بالكنايات المحتملة، قوله: أنت حرة، ومعتقة، كما أن قوله: أنت طالق، كناية في العتاق.

وأما ما عدا الصريح والكناية، فهو ما ليس من ألفاظ الطلاق، ولا محتملاته، كقوله: أسقني ماء وما أشبه ذلك. فأما إذا ادعى أنه أراد به الطلاق، فالمشهور أنه يكون طلاقاً. وقيل: لا يكون طلاقاً.

فــروع:

إذا قال: ما أنقلب إليه من أهلي[2] حرام، أو ما أنقلب إليه حرام، لزمه الطلاق.

ولو قال: ما أنقلب إليه حرام إن كنت لي يا امرأة. ففي دخول الزوجة في ذلك قولان.

ولو قال: وجهي من وجهك حرام، ففيه خلاف أيضاً.

ولو قال لزوجته: يا حرام. فقال الشيخ أبو عمران: قال محمد بن عبد الحكم: لا شيء عليه. قال: وليس لغيره نص فيها.

---

(١) دعوى: ساقطة من س. (٢) في الأصل: أهل.

قال: وإذا كان في بلد لا يريدون به الطلاق، إنما ذلك كقول القائل: إنك سُحتٌ، أو حرام، وقوله لمَالِه: يا حرام، يا سحت. فلا شيء عليه.

أما إذا قال: ما أعيش فيه حرام، ولا نية له. فقال محمد: لا شيء عليه.

قال عبد الحق: وأعرف فيها قولاً آخر: إن زوجته تحرم عليه، كالقائل: الحلال عليه حرام. وأظنه في السليمانية.

قال: ورأيت في بعض التعاليق: سئل الشيخ أبو عمران عن القائل: كلُّ ما يعيش فيه حرام. وقيل له: قد صار هذا عند الناس طلاقاً في عادتهم، ويقصدون به تحريم الزوجة، فقال: إذا صار ذلك عادة، لزم به الطلاق.

ثم إذا قلنا بدخول الزوجة في قوله: كلّ ما أعيش فيه حرام، وتحرم عليه بذلك، ما لم يحاشها بلفظه، أو بنيته، فإن فعل فلا شيء عليه.

وأما إن حاشى الزوجة في قوله[1]: الحلال عليه حرام، أو غيره من ألفاظ الحرام الشبيهة لها[2]، فإن كان مستفتياً، وذكر أنه نطق بها بلسانه، قُبِل قوله. وإن كان غير مستفت، أو كان مستفتياً ولم ينطق بها بلسانه، بل اعتقد ذلك بقلبه، فإن لم يقل: كلّ، نفعته المحاشاة، وإن قال: كل حلال عليّ حرام، أو شبه هذا اللفظ مما نطق فيه بلفظ كلّ، ففي انتفاعه بالمحاشاة خلاف.

أما إذا لم يحاش الزوجة في قوله: الحلال عليّ حرام، أو ما أحله الله عليه حرام، أو كل حلال، أو كل ما أحله الله عليه حرام. أو قال لزوجته: أنت عليّ حرام، أو أنت حرام، فإنه يقع عليه الطلاق في زوجته، ولا يحرم عليه غيرها.

---

(١) س: بقوله. (٢) س: بها.

ثم اختلف المذهب فيما يقع عليه من ذلك، فالمشهور من المذهب أنه ثلاث تطليقات، وَيُنَوَّى في أقل في غير المدخول بها خاصة.

ولعبد الملك في المبسوط: لا يُنوّى في أقل، وإن لم يدخل.

وعند أبي مصعب ومحمد بن عبد الحكم: في حق المدخول بها ثلاث، وفي حق من لم يدخل بها واحدة.

وذكر ابن خويز منداد عن مالك أنها واحدة بائنة، وإن كانت مدخولاً / بها. [١٥١/ ب]

قال الإمام أبو عبد الله عقب ذكر هذه المسألة: وقد اختلفت أجوبة مالك وأصحابه في كنايات الطلاق، فسلكوا فيها طرقاً مختلفة، ففي بعضها يحمل اللفظ على الثلاث، ولا يُنَوّى في أقل، وفي بعضها يُنَوّى في أقل. وفي بعضها يحمل على الواحدة حتى ينوي أكثر منها. وفي بعضها يُنَوَّى قبل الدخول، ولا يُنَوَّى بعده. وفي بعضها فيمن لم يدخل بها واحدة، وفي المدخول بها ثلاث.

قال: هذا جملة ما يقولونه من ذلك. ويختلفون في بعض الألفاظ، من أي هذه الأقسام هو؟ وتفصيل ذلك وذكر الروايات فيه، وتعديد الألفاظ فيه طول، ولكنا نعقد أصلاً يرجع إليه جميع ما وقع في الروايات على كثرتها، ويعلم منه سبب اختلافهم فيما اختلفوا فيه، ووجه تفرقتهم فيما فرّقوا فيه، ووجه التنويه في بعض دون بعض.

ثم قال: فاعلم أن الألفاظ الدالةعلى الطلاق بحكم الوضع واللغة، أو بحكم عرف الاستعمال، إما أن تتضمن البينونة والعدد جميعاً، كقوله: أنت طالق ثلاثاً، فهذا لا يختلف في وقوع الثلاث به، وأنه لا يُنَوَّى، ولا يفترق الجواب في المدخول بها، وغير المدخول بها. أو تكون دلالتها على البينونة وانقطاع الملك خاصة، فينظر في ذلك، هل يصح انقطاع الملك والبينونة بالواحدة، أم لا يصح في الشرع إلا بالثلاث، وهذا أصل مختلف فيه أيضاً إذا لم تكن معه معارضة. أو يكون يدل

على عدد غالباً، وقد يستعمل في غيره نادراً، فيحمل مع عدم القصد على الغالب، ومع وجود القصد إلى النادر عليه إذا جاء مستفتياً فيه.

وإن كانت عليه بينة فتختلف فروع هذا القسم.

وإن كان يستعمل في الأعداد استعمالاً متساوياً، وقصد إلى أحد الأعداد، قُبِل منه، جاء مستفتياً، أو قامت عليه بينة.

فإن لم يكن له قصد، فهذا موضع الاضطراب، فمن أصحابنا من يحمله على أقل الأعداد استصحاباً بالبراءة للذمة، وأخذاً بالمتيقن دون ما زاد. ومنهم من يحمله على أكثر الأعداد أخذاً بالاحتياط واستظهاراً في صيانة الفروج لا سيما على قولنا: إن الطلقة الواحدة تحرم، فكأن الاستباحة بالرجعة مشكوك فيها ههنا. ولا تستباح الفروج بالشك.

قال: فاضبط هذا، فإنه من أسرار العلم، وإليه ينحصر جميع ما قاله العلماء المتقدمون في هذه المسائل، وبه تضبط مسائل الفتوى في هذا الفن.

ثم قال: وأقرب مثال يوضح لك هذه الجملة ما نحن فيه من مسألة القائل: الحلال عليّ حرام، فقولهم في المشهور: أنها ثلاث، ويُنوَّى في غير المدخول بها في أقل بناء على أن هذا اللفظ وضع لإبانة العصمة، وأنها لا تبين بعد الدخول بأقل من ثلاث، وتبين قبله بواحدة، وكونها في العدد غالباً في الثلاث، ونادراً في أقل منه، فحملت قبل الدخول على الثلاث، ونوى في أقل.

وقول عبد الملك: لا ينوّى في أقل وإن لم يدخل، بناء على أنها / موضوعة للثلاث، كقوله: أنت طالق ثلاثاً، ويلحق بأول الأقسام التي ذكرنا. [١٥٢/ أ]

وقول أبي مصعب: يجري في التي لم يدخل بها واحدة، وفي المدخول بها ثلاث. بناء على أنها لا تفيد عدداً، وإنما تفيد البينونة لا أكثر، والبينونة تصح في غير المدخول بها بواحدة، ولا تصح في

المدخول بها إلا بالثلاث على إحدى الطريقتين اللتين ذكرنا.

وقول ابن خواز منداد عن مالك: إنها واحدة بائنة وإن كانت مدخولاً بها. بناءاً على أنها لا تفيد عدداً كطريقة أبي مصعب، ولكن عنده أن البينونة تصح بعد الدخول بواحدة، فمن ههنا افترقت طرقهم.

وما نقل عن ابن أبي سلمة من أنها واحدة رجعية بناء على أنها تفيد انقطاع الملك على صفة، ولا تستعمل غالباً في الثلاث، فحكم بكونها واحدة لصحة معنى اللفظ في الواحدة، وهي كونها محرمة عندنا وإن كانت الطلقة رجعية.

قال: وهذا مجمل قول عبد الملك وربيعة في الخلية والبرية والبائن، أنها في غير المدخول بها واحدة مأخوذ من إحدى هذه الطرق التي ذكرنا.

وتنوية أشهب في الخلية والبرية وإن كانت مدخولاً بها على ما حكى عنه أبو الفرج تؤخذ أيضاً من إحدى هذه الطرق التي قدمنا.

قال: وعلى هذا يُخرّج من المسائل ما لا يحصى كثرة، فاحتفظ به، فإنه عقد حسن.

الفصل الثاني
في الفعل

وهو أنواع، منها:

الإشارة المفهمة، وهي معتبرة من الأخرس في الطلاق، والظاهر منها في حقه كالصريح.

وأما القادر، فإشارته كالكناية.

ومنها كتب الطلاق من القادر على النطق، فإن كتب الكتاب

بالطلاق، وهو عازم على الطلاق، وقع عليه ما كتب، وإن لم يخرج الكتاب عن يده.

وإن كتبه غير عازم، بل ليشاور نفسه، ثم بدا له، لم يقع عليه طلاق، إلا أن يخرجه من يده عازماً.

فإن أخرجه من يده غير عازم، فله رده ما لم يبلغ المرأة فيلزمه.

وروي أنه إن أخرجه من يده لزمه وإن كان غير عازم، ويكون كالنطق به والإشهاد. قاله في كتاب محمد. قال: كان في الكتاب: أنت طالق، أو إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق.

ومنها لو باع امرأته فقال ابن القاسم: يقع على الزوج فيها طلقة بائنة. قال: وبلغني ذلك عن مالك.

وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أنه لا يكون طلاقاً.

وروى سحنون عن ابن نافع مثل قول ابن القاسم. قال سحنون: وسواء غاب عليها المشتري أو لم يغب.

وقال ابن عبد الحكم وأصبغ: تحرم عليه كالموهوبة.

وقال أصبغ أيضاً: إذا باعها هازلاً، أو زوّجها هازلاً، فليس بطلاق. فإن كان جاداً في الوجهين فهو البتات.

فـــرع:

هذا حكم القول والفعل إذا اقترن به قصد الطلاق.

فأما لو عقد الطلاق بقلبه جزما من غير تردد، أي طلق بالنطق النفسي الذي هو كلام النفس، من غير أن يقترن به قول ولا فعل، لكان في وقوع الطلاق عليه بمجرد ذلك روايتان.

الفصل الثالث

في تفويض / الطلاق إلى الزوجة

[١٥٢/ ب]

وللرجل أن يجعل إلى المرأة طلاقها، وذلك على وجهين: توكيل، وتمليك.

ففي التوكيل، له أن يرجع ما لم تطلق نفسها.

وفي التمليك ليس له ذلك، إلا أن تُبطل تمليكها.

والتمليك على وجهين: تمليك تفويض، وتمليك تحجير.

فتمليك التفويض، هو أن يقول: قد ملكتك أمرك، أو أمرك بيدك، أو طلاقك بيدك، أو ما أشبه ذلك.

ثم لا يخلو حالها، من أن يصدر عنها ما يقتضي الإجابة من قول أو فعل، أو لا يصدر عنها شيء من ذلك أصلاً.

ثم القول صريح ومحتمل. فهذه أربعة أقسام:

الأول: النطق الصريح، ويتعين العمل بما اقتضاه، كان في اختيار الزوج، أو في إيقاع الطلاق، إلا أن توقع أكثر من واحدة، فتكون له المناكرة فيما زاد عليها إذا ادعى أنه نوى دون ما أوقعت، وأتَى بالمناكرة على الفور حين سماعه بقولها من غير سكوت ولا إهمال.

ولو قال: لم أرد طلاقاً، لم يقبل منه، ووقع ما أوقعته.

فلو عاد بعد ذلك، وادعى أنه أراد دون ما قضت به، قبل منه مع يمينه.

وقيل: لا يقبل منه، لاعترافه بأنه لم تكن له نية الطلاق.

هذا إذا كان تمليكه طوعاً، فإن كان بشرط شرط عليه، لم تكن له المناكرة.

فــــرع:

حيث قلنا: يحلف إذا ناكرها، فإنما ذلك عند إرادته الرجعة، لا قبل ذلك، إذ لا فائدة له فيها إلا هنالك.

القســم الثـانـي: أن تجيب بنطق مبهم يحتمل الإيقـاع وغيره، كقولها: قبلت أمري، أو قبلت ما ملكتني، أو قبلت بهما، فإنها تُسأل عن مرادها، ويقبل منها ما تفسر به من البقاء على الزوجية، فيبطل تمليكها، أو إيقاع الطلاق، فيكون على ما تقدم. أو قبـول التمليك والتّروي في البقاء أو الطلاق، فتؤخذ الآن بالتنجيز من إيقاعٍ أو ردٍّ.

القســم الثـالـث: أن يصدر منها فعل يدل على مرادها، مثل أن تنتقل وتنقل قماشها، وتنفرد عنه، ويظهر من فعلها ما يدل على سرورها بالبعد منه وزوال سلطانه عنها، فيحمل ذلك على الطلاق، ولا يقبل منها إن قالت: لم أرده.

القســم الـرابـع: أن لا يصدر عنها قول ولا فعل يفهم أنه جواب، بل تمسك عن جميع ذلك إلى أن يتفرقا عن المجلس، أو يطول بهما طولاً يخرج عن أن يكون ما تأتي به جواباً، ففي إبطال حقها بذلك من التمليك، أو إبقائه، وأخذها بموجَبه من تطليقٍ أو ردٍّ، روايتان، فإن فعلت، وإلا رفعت ليحكم عليها بسقوط التمليك.

وسبب الخلاف حمل حكمه على حكم العقود التي تبطل بتراخي الجـواب، أو على حكم التمليكات، كخيـار المعتقـة. على أن بين الأصحاب خلافاً في حكم طول المجلس بها أيضاً.

وأما تمليك التحجير، فهو التخييـر، وهو على ضـربين: تخيير مطلق، وتخيير مقيّد.

فأما المقيد فهو أن يُخيرها في عـدد بعينه من أعـداد الطلاق،

فيقول: اختاريني أو اختاري طلقة أو طلقتين. فليس لها أن تختار زيادة على ما جعل لها.

ولو / قال: اختاري من تطليقتين، اقتصرت على واحدة. [١٥٣/ أ]

ولو قال: اختاري من تطليقتين. ففي الكتاب(١): تقضي بهما، فإن قضت بواحدة، لم يلزمه شيء.

وقال ابن سحنون: لها أن تقضي بواحدة.

وأما المُطْلق، فهو التخيير في النفس، وهو أن يقول: اختاريني أو اختاري نفسك. فهذا يقتضي اختيار ما تنقطع به العصمة، وهو في المدخول بها الثلاث في المشهور.

فلو قالت: اخترت الثلاث، أو اخترت نفسي، بانت بالثلاث، ولم يكن له أن يناكرها.

وقال ابن الجهم: للزوج أن يناكرها في الثلاث، وتكون طلقة بائنة.

قال ابن سحنون: وعليه أكثر أصحابنا.

ورواه ابن خويز منداد عن مالك، وحكى عن أبيه ما يشير إلى أنها تكون طلقة رجعية كالتمليك.

وإذا فرّعنا على المشهور، فأوقعت طلقة واحدة، لم تقع. ثم هل يبطل ما كان بيدها بذلك، أو يبقى لها استئناف إيقاع الثلاث؟. قولان لابن القاسم وأشهب.

قال أبو الحسن اللخمي: وهذا إن سبقت فقضت، وإلا فمتى خيّرها في إيقاع الطلاق الثلاث في دفعة واحدة، فذلك ممنوع، وينزعه

---

(١) المدونة: ٢/ ٣٧٣. كتاب التخيير والتمليك، ما جاء في التخيير.

الحاكم من يدها إلا أن تسبق بالقضاء بالثلاث، فيمضي.

وحكى الشيخ أبو الطاهر عن المتأخرين قولاً بجوازه، تمسكاً بآية التخيير[1].

وفرّق القائل الأول بأن لفظ الآية يقتضي أنه ﷺ المسرّح، وأن لفظ السراح لا يقتضي الثلاث، وأن الرسول ﷺ لا يندم، ولا يرتجع.

هذا حكم التخيير في المدخول بها.

فأمَّا غير المدخول بها إذا خيرها فقالت: اخترت نفسي، ولم ينو هو ولا نوت هي عدداً، فإن محمله منهما عند مالك على الثلاث. وإن نوت واحدة أو ثلاثاً، كان ذلك على ما نـوت إذا لم يناكرها. فإن قضت بالثلاث، وقال: أردت واحدة صدّق.

وقال ابن حبيب: قال أصبغ: إن نوت واحدة، فقال الزوج: لم أخيّرك إلا في الثلاث، فله ذلك، ولا شيء لها.

وكذلك لو لم تكن له نية.

فـــروع:

إذا ملّكها الزوج أو خيّرها كما تقدم، أو ملك غيرها، لم ينتقل بذلك الـطلاقُ عن ملك الزوج، ولا خـرجت العصمة من يـده، بل للمملَّك أن يقضي فيه فقط، والعصمة باقية بيد الزوج، بدليل أنه لم يقع عليه طلاق بمجرد التمليك، حتى يقضي من جُعِل له التمليك، وأن طلاقه لها بعد التمليك يلحقها.

ولا يشترط في الزوجة المخيّرة بلوغ الاحتلام والحيض، بل لو خيرها قبل أن تبلغ وقبل البناء، فاختارت نفسها، فهو طلاق.

---

(١) هي قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ﴾، الأحزاب: ٢٨.

قال ابن القاسم: إذا بلغت حد الوطء.

وقال أشهب وعبد الملك في الصغيرة: ذلك لها.

وروى عيسى عن ابن القاسم: إذا بلغت مبلغاً تعرف ما ملكت ويوطأ مثلها، فذلك لازم.

ومن ملّك امرأته، ثم طلقها قبل أن تقضي، فبانت منه بوقوع الثلاث، أو بانقضاء العدة فيما دونها، ثم تزوجها لم يكن لها أن تقضي بحكم التمليك الأول، بل بطل ما كان بيدها، إذ مضمون التزويج الرضا بالإصابة وبه تستحق الصداق، / وذلك يسقط ما بيدها، كما لو رضيت [١٥٣/ ب] به قبل الطلاق، لسقط ما بيدها وإن لم يصبها.

فأما لو طلقها ثم ارتجعها في العدة بغير اختيارها لكان لها القيام بما جعل لها.

ولو جعل ذلك بيد أجنبيّ، فغاب الأجنبي، فإن فُهم عنه إسقاط ما جعل له من ذلك، سقط.

وكذلك إن غاب ولم يُشهد أنه باق على حقه، فإن أشهد أنه باق على حقه فللزوج أن يرفع إلى السلطان، فإن كان قريب الغيبة كتب إليه بإسقاط ما بيده، أو أمضى ما جعل إليه، وإن كان بعيد الغيبة فقيل: يسقط ما بيده وينتقل إلى الزوجة، لأن المملك كالنائب عنها، وإذا لم يوجد جعل الأمر إليها.

وقال في كتاب محمد: ذلك بيده، ولا يقربها الزوج، لأنه قد جعل الأمر في طلاقها إلى غيره، فيلزمه ما التزم.

وإذا فرعنا على هذا، ثم قامت بحقها في الوطء ضرب له[1] أجل

---

(١) س: لها.

المُولي[1] إذا رُجِي قدومه واستعلام ما عنده في الأجل، فأمّا إن لم يرج له ذلك، ففي ضرب الأجل له قولان للمتأخرين.

ولو جُعل أمرها بيدها إن غاب مدة يسمّيها. فلها أن تقوم بالفراق عند ذلك الأجل ، فإن تراخت ثم قامت ، فهل يكون ذلك بيدها ما لم يأت من طول الزمان ما يدلّ على الإسقاط أو لا يكون بيدها إلا أن تشهد أنها باقية على حقها؟ قولان.

وإذا فرّعنا على الأول، فهل تحلف أنها لم تسقط؟ قولان أيضاً، وهما خارجان على أيمان التّهم.

فإن تزوجت، ثم ثبت أنه قدم قبل ذلك، فقد فرقوا بين أن تعلم بقدومه، ثم تتزوج، أو لا تعلم. فإن علمت فسخ نكاح الثاني، وإن لم تعلم جرى على الخلاف فيمن طلق ثم ارتجع فلم تعلم الزوجة برجعته حتى تزوجت. وفي ذلك قولان مذكوران في كتاب العدة[2].

الركن الثالث للطلاق، القصد. ويتوهم اختلاله بخمسة أسباب:

الأول: سبق اللسان.

فمن سبق لسانه إلى الطلاق لم يقع عليه الطلاق. ولو كان اسم زوجته طلاق، واسم عبده حرّ، فقال: يا طلاق، ويا حرّ، لم يعتق ولم تطلق إن قصد النداء.

وإذا كان اسم زوجته طارق، فقال: طالق، ثم قال: التفّ لساني قبل ذلك في الفتيا.

السبب الثاني: الهزل.

---

(١) سيأتي أن أجل المولي أربعة أشهر من يوم حلفه.

(٢) كتاب العدة، الفصل الثاني في المفقود، الورقة ١٧١ أ من النسخة الأصل.

ولا يؤثر ذلك في منع وقوع الطـلاق والعتاق، بل يمضي عليه وينفذُ وكذلك النكاح.

قال أبو بكر بن محمد: يلزم نكاح الهازل.

وروي في السليمانية: نكاح الهزل لا يجوز.

واختار أبو الحسن اللخمي أنه إن قام دليل على الهزل لم يلزم عتق ولا نكاح ولا طلاق، ولا شيء عليه من الصداق. قال: وإن لم يقم دليل لزمه نصف الصداق.

السـبب الثـالـث: الجهــل.

فإذا قال: يا عمرة، فأجابته حفصة، فقال: أنت طالق، وقال: حسبتها عمرة، طلقت عمرة، وفي طلاق حفصة خلاف.

وإذا لُقِّن الأعجمي لفظ الطلاق وهو لا يفهمه، لم يقع عليه.

الـرابـع: الإكــراه:

ولا يقع طلاق المكره، ولا يلزمه منه شيء. هذا مطلق الروايات.

وقال بعض المتأخرين: الحكم كذلك، إلا أن يترك التورية / مع [١٥٤/ أ] العلم بها، والاعتراف بأنه لم يدهش بالإكراه عنها.

ثم إذا أُكرِه، سواء أكره على إيقاع الطلاق، أو على الإقرار به، أو اليمين به، أو الحنث في يمين لزمت به، كل ذلك لا يلزمه.

ولو حلف في نصف عبد له: لا باعه، فأعتق شريكه نصفه، فعتق عليه حنث، إلا أن ينـوي إلا أن يغلب.

وقال المغيرة: لا حنث عليه، إنما أراد لا بعته طوعاً.

وحدّ الإكراه، ما فُعل بالإنسان مما يضرّه أو يؤلمه من ضرب أو

تخويف، كان ذلك من سلطان أو غيره، فإنه إكراه لا يلزم صاحبَه حكمٌ، ولا يجب عليه عقده.

والتخويف بقتل الولد إكراه.

واختلف في التخويف بقتل أجنبي، هل يعد إكراهاً أم لا؟.

والتخويف لذي المروءة بالصفع في المَـلإِ إكراه.

والتخويف بإتلاف المال يعدّ إكراهاً في الطلاق. وقيل: لا يعد. وحمله بعض المتأخرين على القليل منه.

وحكى محمد بن سحنون عن أبيه: إنما الإكراه في القول. فأما الفعل فلا إكراه فيه. وكذلك ذكر عبد الملك في كتبه.

الخـامـس: زوال العقل بالجنون.

فلو شرب دواءاً فتجنّن امتنع نفوذ التصرف.

وأما السكران فقد تقدم حكم طلاقه[1].

الركـن الـرابـع: المحلّ، وهـي المـرأة.

فلو أضاف الطلاق إلى نصفها نفذ، وكذلك لو أضاف إلى عضو معين كالكبد والطحال والعين واليد والرجل ونحوه، نفذ أيضاً.

ولو أضافه إلى شعرها أو كلامها، فقال سحنون: لا تطلق. وقال أشهب وأصبغ: تطلق.

وفي إضافته إلى الروح والحياة خلاف أيضاً.

الركن الخامس لنفـوذ الطلاق ووقـوعه: الـولاية على المحـل.

---

(١) انظر الركن الأول في الباب الثاني في أركان الطلاق. الورقة ١٥٠ ب.

وإذا قال للزوجة أو الرجعية: أنت طالق، نفذ الطلاق لتحقّق الولاية عليهما.

ولو قال لمختلعة أو أجنبية: أنت طالق. أو قال لإحداهما: إن دخلت الدار فأنت طالق. فنكحها في الصور الأربعة، لم يقع عليه طلاق، إذ لا ولاية على المحل تحقيقاً ولا تعليقاً.

أما لو علّق الطلاق على وجود تحقيق الولاية كقوله: إن نكحتك فأنت طالق، فالمشهور من المذهب التسوية بين ترتّبه عليها تحقيقاً وتعليقاً. فإذا نكحها وقع الطلاق عليها على الرواية المشهورة، لأن تحقّق الولاية إنما يقف عليه نفوذ الطلاق ووقوعه.

فأما التعليق فهو يمين بالطلاق لا نفوذ فيه ولا وقوع إلا بعد تحققها، وصار كالصدقة بما يملك، والعتق لما في البطن.

وقال القاضي أبو بكر: وروى ابن وهب والمخزومي: أنه لا شيء عليه. وقاله ابن عبد الحكم.

وفي العتبية روى أبو زيد عن ابن القاسم: أن صاحب الشرط كتب إليه في رجل تزوج امرأة حلف بطلاقها إن تزوجها، فتزوجها، هل أفسخ نكاحه؟ فكتب إليه: لا تفسخه.

وقد أجازه ابن المسيب.

وكان المخزومي ممن حلف أبوه على أمه بمثل هذا.

ولنفرّع على الرواية المشهورة فنقول:

قد قدمنا أنه إذا خاطب به امرأة لزمه الطلاق فيها إذا تزوجها. فلو أطلق القول فعمّم من غير تخصيص / ولا تعيين ولاتقييد، فقال: كل [١٥٤/ ب] امرأة أتزوّجُها فهي طالق، لم يلزمه شيء، ولا يقع عليه الطلاق فيمن يتزوج، لما في ذلك من تحريمه على نفسه جميع الاستمتاع بالزوجية،

وهو عقد معصية، ويوقعه في الحرج الذي ترفعه الشريعة، فلا يلزم الوفاء به، ولا يترتب به عليه حكم.

أما إذا أبقى لنفسه شيئاً، فإن كان كثيراً، كما إذا خصّص بأن عَيَّن صفةً من الجنس، من نَسَبٍ أو خلقة، أو ما أشبه ذلك، أوعيّن مكاناً بعينه، كتعيينه الفسطاط أو إفريقية أو نحو ذلك، أو عين زماناً يبلغه عمره، كقوله: عشرين سنة، أو ثلاثين سنة، إذا أشبه بلوغه لها. قال ابن الماجشون: والتعمير في مثل هذا تسعون سنة. لزمه الطلاق فيمن يتزوّج ممّن ذكر في جميع ذلك، ولا يلزمه فيمن تحته منهنّ، إلا أن يطلقها، ثم يتزوجها.

وكذلك إن قال: كل امرأة أتزوجها من الموالي فهي طالق. لزمه الطلاق فيمن يتزوج منهن، ولا يلزمه فيمن تحته منهن. فإن طلقها ثم تزوجها طلقت عليه.

فإن كان الذي أبقاه لنفسه قليلاً غير متسع، ففي لزوم الطلاق ونفيه قولان، قَبِيلةً كان ذلك أو بَلَدَاً.

وسبب الخلاف: الشهادة بوجود الحرج ونفيه.

وإذا فرّعنا على اللزوم، فهل يكون إبقاؤه امرأة واحدة ملحقاً بذلك أم لا؟ قولان، إذا كانت زوجة. فإن كانت أجنبية، فثلاثة أقوال:

اللزوم مطلقاً. ونفي اللزوم وهو المشهور، ونفيه ما دامت متزوجة أو إذا تزوجت، ولزومه إن لم تكن متزوجة.

فـــروع[1]:

لو حلف بطلاق من ينكح من الإماء لزمـه لبقاء الحرائر.

ولو حلف بطلاق من يتزوجه من الحرائر، فقولان: اللزوم ونفيه.

---

(١) س: فرع.

ولو قال: إن لم أتزوج من موضع كذا، لموضع سمّاه، فكلّ امرأة أتزوجها من غير الموضع المسمى طالق. فهل يكون بمنزلة القائل: كل امرأة أتزوجها من غير الموضع المسمى طالق، أو يكون بمنزلة المُولي، فيوقف عن غير من يتزوج من الموضع المسمى حتى يتزوج منه. في ذلك قولان: المشهور أنه بمنزلة المستثنى.

ولو قال: كل بكر أتزوجها طالق، ثم قال: كل ثيّب أتزوجها طالق. لزمه ذلك في الأبكار، ولم يلزمه في الثيب.

وقيل: يلزمه في النوعين جميعاً.

وقيل: بنفي اللزوم فيهما جميعاً.

ولو قال: أول امرأة أتزوجها طالق، فتزوج، طلقت عليه، وانحلت يمينه عنها وعن غيرها.

ولو قال: آخر امرأة أتزوجها طالق، فقال محمد: قال ابن القاسم: لا شيء عليه. قال: ونحن نرى أن يقف عن وطء الأولى حتى ينكح ثانية، فتحل له الأولى، ويقف عن الثانية حتى ينكح ثالثة، وهو في التي يقف عنها كالمُولي، فإن رفعته، فالأجل من يوم ترفعه، إذ هو بالحكم.

وقال سحنون مثله في العتبية وفي كتاب ابنه.

وقال: وكذلك لو تزوج رابعة لزمه فيها الإيلاء إلا أن يموت مَن عنده، أو يطلّق، فيتزوج.

وفي المجموعة عن ابن الماجشون نحوه. وقال: فإن تزوج امرأة فماتت، أوقف ميراثه منها حتى يتزوج ثانية فيأخذه، أو يموت قبل أن يتزوج، فيرد إلى / ورثتها. [١٥٥/ أ]

وإذا طلق عليه بالإيلاء فلا رجعة له، لأنه لم يبن بها.

وإن قال: آخر ما أتزوج إلّا واحدة طالق. يريد تطليق التي تلي الأخيرة. فإن تزوج أوقِف عنها، ثم إذا تزوج ثانية أوقف عنها وعن الأولى، إذ لا يدرى من يلي الأخيرة منهما. فإن مات فالأولى المطلقة.

وإن تزوج ثم مات، فالثانية المطلقة. وإذا تزوّج ثالثة حلّت له الأولى. ولو قال: فالتي تلي التي تلي الأخيرة طالق، حتى تكون ثالثة منها، فهذا يمسك عنها حتى يتزوج رابعة، فتحلّ له الأولى، فإن مات في هذه الحال، فالثانية من الأولى هي المطلقة.

فـرع مـرتـب:

حيث قلنا: يقع عليه الطلاق في الزوجة [الأولى][1] التي علق طلاقها على تزويجها، فإنما ذلك على أثر الفراغ من العقد من غير تأخير ولا مهلة. ويجب لها عليه نصف الصـداق إذا وقع الطلاق قبل الدخول. فإن دخل قبل أن ينظر في أمره، فإنما عليه صداق واحد. فإن كان قد سمى كمّل المسمى، وإن كان لم يسم، فصداق المثل.

وقيل: يجب عليه صداق ونصف، وهو شاذ.

هذا تمام الكلام على هذا الركن، ويلتحق بالكلام عليه في اعتبار الولاية على المحل حالة النفوذ قول العبد لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، ثم تعتق فتدخل الدار، فإنه يقع عليه الثلاث. وإن لم يملك الثالثة عند التعليق، إذ المراعى يوم الحنث.

ومن قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، ثم أبانها، فدخلت، لم يقع الطلاق لكونها أجنبية في حال الدخول، فلو نكحها بعد ذلك فدخلت، وقد بقي من الملك الأوّل شيء طلقت. ولو استوفى الثلاث بالتنجيز لم يعد الحنث في نكاح بعده، لذهاب العصمة المحلوف بها.

ومن طلق طلقة أو طلقتين فبانت، ووطئها زوج آخر، ثم عادت إلى الأول، عادت إليه ببقية الطلاق. ولم ينهدم الطلاق الماضي، وإنما ينهدم إذا نكحت بعد الثلاث زوجاً آخر.

والحر يملك ثلاث تطليقات على الحرة والأمة.

والعبد يملك اثنتين على الحرة والأمة.

---

(١) الأولى: سقطت من الأصل.

الباب الثالث

في حكم طلاق المريض

وطلاق المريض كطلاق الصحيح في النفوذ. وإنما النظر في عدم انقطاع الميراث به، لما فيه من الفرار عن التوريث قصداً. والمذهب أنه غير قاطع للميراث، وإن كان بائناً، وانقضت العدة قبل الموت، كما ورّث عثمان بن عفان زوجة عبد الرحمن بن عوف[1] رضي الله عنه منه بعد انقضاء عدتها[2]. والمعنى في ذلك المقابلة بنقيض القصد، وإن كان عبد الرحمن رضي الله عنه قد نزهه الله عن أن يقصد منعها، إلا أن الحكم إذا ثبت لعلة غالبة اكتُفِي بغلبتها عن تتبّعها في آحاد الصور، وهذا في الشريعة كثير لمن تأمله، لا سيما على القول بحسم الذرائع، ولأن المريض ممنوع أن يتبّرع بإخراج جزء زائد على ثلثه لحق الورثة فأولى أن يُمنَع من إسقاط بعضهم جملة.

---

(١) عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف، أبو محمد، القرشي الزهري. ولدَ بعد الفيل بعشر سنين، وكان من السابقين إلى الإسلام، ومن المهاجرين الأولين، شهد بدراً وأُحُداً والمشاهد كلها مع الرسول ﷺ، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد الستة أصحاب الشورى، كان كثير الإنفاق في سبيل الله. توفي سنة ٣١ بالمدينة (أسد الغابة: ٣/٤٨٠ رقم ٣٣٦٤).

(٢) رواه مالك، الموطأ: كتاب الطلاق: باب طلاق المريض ٢/٥٧١، ٥٧٢ الأثران ٤٠ ، ٤٢؛ كما رواه عبد الرزاق: المصنف: كتاب الطلاق: باب طلاق المريض ٧/٦١ ، ٦٢ الآثار ١٢١٩١ ـ ١٢١٩٥؛ كما رواه ابن أبي شيبة: المصنف: كتاب الطلاق: ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً وهو مريض هل ترثه ٥/٢١٧؛ كما رواه البيهقي: السنن: كتاب الخلع والطلاق: باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت ٧/٣٦٢.

وقد روي مثل قول عثمان عن علي[1] وعن عمر[2] رضي الله عن جميعهم.

ثم النظر في المرض والطلاق، وحال الزوجة.

أما المرض، فأن يكون مخوفاً عليه، يحجَّر عليه بسببه.

[١٥٥ / ب] وأما الطلاق فأنِ يكون / من قبل الزوج، ولا سبب للزوجة فيه. فإن كان أَصْله من الزوج، وكماله منها، أو من غيرها، كالمخير والمملك، والحالف في صحته على زوجته، أو على غيرها، فيحنثه من حلف عليه وهو مريض، أو المتلاعن، أو ما أشبه ذلك ففي توريثها منه قولان.

وأما حال المرأة، فأن تكون من أهل الميراث، فإن كانت أمة أو كتابية، ففي توريثها منه قولان.

وسبب الخلاف في الموضعين مراعاة الطوارىء البعيدة، وحماية الذرائع.

وقول ابن القاسم منهما أنها ترث في جميع هذه الأحوال.

أما الردة فلا ترث فيها، إذ لا يتهم أحد بالردة على منع الميراث.

فـــرع:

حيث قلنا: ترث منه، فلا ينقطع ميراثها بأن تتزوج غيره، بل لو تزوجت عدة أزواج، وكل منهم يطلقها في مرض موته لورثت الجميع، وإن كانت في عصمة رجل حي.

(١) رواه مالك ضمن أثر لعثمان بن عفان ونقلاً عنه. الموطأ، الإحالة السابقة، الأثر ٤٣. وبيّنه ابن حزم بالتفصيل: المحلى: أحكام الطلاق ١٠/٢٢٤، ٢٢٥. ثم أسقطها في ٢٢٧.

(٢) نقل البيهقي عن الشافعي روايته قول من يرى الإرث ما لم تنقض العدة وأنه روي عن عمر بإسناد لا يثبت مثله عند أصحاب الحديث. ثم روى الأثر وعلله. السنن: الإحالة السابقة ٧/٣٦٣. وذكر ابن أبي شيبة أثراً لعمر أنها (ترثه ما دامت في العدة ولا يرثها) المصنف: كتاب الطلاق: باب من قال: ترثه ما دامت في العدة منه إذا طلق وهو مريض ٥/٢١٧، ٢١٨. وصحح ابن حزم طريق هذا الأثر، المحلى ١٠/٢٢٧.

وإنما ينقطع ميراثها ممن يطلقها، بأن يصح من المرض الذي طلقها فيه صحة بينة. فلو مرض بعد ذلك فمات بعد تمام العدة والطلاق غير بائن، أو في العدة والطلاق بائن، أو لم يدخل بها والطلاق ثلاث، أو واحدة، لم ترثه في حال من هذه الأحوال، ولو طلقها طلقة واحدة ثم صح ثم مرض فأردفها طلقة أو أبتها لم ترثه إن مات، إلا أن يموت في بقية من عدة الطلاق الأول، فإنها ترثه. فإن ارتجع من الطلاق الأول عادت كزوجاته، ثم إن طلق في المرض الثاني ورثته.

والإقرار بالطلاق في المرض كالإنشاء. إلا أن العدة من يوم الإقرار.

فـروع:

جرت عادة الأصحاب بذكرها في باب طلاق المريض، وقع الإشكال فيها في وجوب الصداق وسقوطه، ووجوب الميراث وسقوطه. قالوا: والأصْل فيها الرجوع إلى التداعي، والتفريع على المشهور من المذهب.

وذلك أن من ادعى أنه له جميع مال، وادعى غيره أن نصفه له، فعلى المشهور، يقال لمدعي النصف: قد سلمت لمدعي الكل النصف، وإنما تنازعه في النصف الثاني، فيتحالفان، ويقسم النصف الآخر بينهما.

ومذهب أشهب، أن الجميع يقسم بينهما بعد أيمانهما على قدر دعاويهما. وقد روي عن مالك.

وهذه الفروع التي نذكر، جارية على المشهور كما قلناه.

النوع الأول: أن يتزوج امرأتين، فيطلق إحداهما، ويدخل بالأخرى، ويُشكل الأمر في الطلاق والدخول، أو في أحدهما، ولذلك صور.

الأولى: أن تُجهل المطلقة والمدخول بها جميعاً، فيتحالفان ويقتسمان الصداق والميراث.

الثانية: أن تُعلم المدخول بها، وتجهل المطلقة، فللمدخول بها

جميع الصداق وثلاثة أرباع الميراث، ولغير المدخول بها ثلاثة أرباع الصداق وربع الميراث. وذلك لأن المدخول بها تستحق النصف من الميراث على كل حال، لأنها لم تنقض عدتها، وتدعى في النصف الآخر، لأنها تقول للأخرى: أنت المطلقة، ولا تنازعها الأخرى إلا في النصف الآخر، فيقسم بينهما.

وأما الصداق، فللمدخول بها جميع صداقها بالدخول على كل حال. وأما / غير المدخول بها، فينازعها فيه الورثة، فهي إن كانت مطلقة، فلا تستحق إلا نصفه، وإن كانت غير مطلقة فتستحق الكل، فالنصف لها مسلم، وهي منازعة في النصف الآخر. [١٥٦ / أ]

الصورة الثالثة: أن تُعلم المطلقة وتُجهل المدخول بها. فللتي لم تطلق جميع الصداق وثلاثة أرباع الميراث، وللتي طلقت ثلاثة أرباع الصداق وربع الميراث. والوجه فيه ما تقدم.

الفرع الثاني: والمسألة بحالها، إلا أنه فرض لإحداهما خاصة، ولم تعرف. فقال ابن سحنون عن أبيه: إذا كانت المدخول بها معروفة بعينها، فلها نصف صداق المثل، ونصف المسمى، لأنها تنازع الورثة فيه، ويكون للتي لم يدخل بها ربع التسمية وثمنها، لأنها أَوّلاً تُنازع الورثة في أنها المطلّقة، فيكون لها ثلاثة أرباع الصداق، ثم ينازعونها في أنها هي المفروض لها، فتقسم الثلاثة الأرباع، فتأخذ نصفها ربعاً وثمناً.

قال: وإن كانت المدخول بها مجهولة، أُخذ نصف التسمية، ونصف صداق المثل، وربعه وثمنه، فيقسم بينهما.

قال: وإن كان لم يدخل بواحدة منهما تحالفا، وقُسِم الصداق المسمى.

قال أبو القاسم بن محرز: والصواب عندي في هذا الوجه الأخير إذا لم يدخل بها، أن يقسم بينهما ثلاثة أرباع الصداق، لأن المسمى لها منهما لها نصف الصداق على كل حال، وتنازع الورثة في النصف

الآخر، فيقسم بينهما[1] وبينهم، فيتحصل لها نصف وربع، ثم هو متنازع فيه بين المرأتين، فيقسم بينهما.

الفرع الثالث: أن يتزوج أمًّا وابنتها في عقد واحد، أو في عقدين. فإن تزوجهما في عقد واحد، فله حالات:

الأولى: أن يدخل بهما جميعاً، فالصداق لكل واحدة، ولا ميراث.

الحالة الثانية: ألا يدخل بواحدة منهما أصلاً. فلا صداق، ولا ميراث.

الحالة الثالثة: أن يدخل بإحداهما، ولها صورتان.

الأولى: أن تُعلم المدخول بها، فيكون لها الصداق على الخصوص.

الصورة الثانية: أن لا تُعلم، فيتحالفان، ويقسم بينهما.

وإن تزوجهما في عقدين مترتبين[2] فإن علمت السابقة منهما، ولم يدخل بواحدة، فلها الصداق كاملاً، بالموت، والميراث، ولا شيء للمتأخرة. وإن وقع الدخول وعُلمت المدخول بها، وكانت الأولى، فلها الصدّاق والميراث. فإن كانت الأخيرة فلها الصداق، ولا ميراث لواحدة منهما، لأن نكاح الأخيرة باطل، ونكاح الأولى قد فسخه الدخول بالأخيرة.

فإن جهلت المدخول بها [مع العلم بالسابقة فلهما صداق واحد تقتسمانه نصفين بعد يمين كلّ واحدة منهما أنها هي المدخول بها][3]، فإن نكلت إحْداهما استحقت صاحبتها جميعه، ويختلف، هل يكون للأولى ميراث أم لا؟ لأنه ميراث بالشك.

وإن جهلت الأولى فإن علمت المدخول بها، فلها الصداق كاملاً. واختلف في الميراث، هل يكون لهما شيء منه؟ إذ لا بد أن تكون واحدة وارثة أو لا يكون لهما شيء لأنه ميراث بالشك. ولا صداق للتي لم يدخل بها، لأنها / إن كانت هي المتأخرة، فنكاحها باطل، وإن [١٥٦/ ب] كانت هي السابقة، فقد أبطل نكاحها دخوله بالأخيرة.

---

(١) في الأصل: بينها.

(٢) س: مرتين. (٣) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل، والاستدراك من س.

أما إذا جهلت الأولى والمدخول بها جميعاً، فلهما صداق واحد تقسمانه بعد أيمانهما، كما تقدم. ويختلف هل يكون لهما نصف ميراث يقتسمانه، أو لا يكون لهما شيء على ما تقدم؟.

الفـرع الرابـع: أن يموت عن خمس نسـوة، ولا يُدرَى أيّتهن الخامسة، وقد تزوجهن في عقود مختلفة. فإن كان دخل بالجميع، فلكل واحدة صداقها. وأما الميراث، فهو بينهن أخماساً.

وإن لم يدخل بواحدة منهن، فلهن أربعُ صَدُقاتٍ، لكل واحدة أربعةُ أخماسِ صداقها.

وإن دخل بالبعض دون البعض، فلكل من دخل بهـا صداقهـا كاملاً.

وأما من لم يدخـل بها، فإنْ كانت واحدة، فلها نصف الصداق، لأنها مترددة بين أن تكون إحدى الأربع، فيكون لها صداق كامل، وبين أن تكون الخامسة، فلا يكون لها شيء. وإن كانتا اثنتين فلهما صداق ونصف، إذ واحد مقطوع به، والآخر مشكوك فيه فيقسم. وإن كنّ ثلاثاً، فلهن صداقان ونصف. وإن كنّ أربعـاً، فلهن ثلاث صـدُقات ونصف.

وأما الميراث فلا تختلف أحواله.

وقال أبو القاسم بن محرز: إذا لم يدخل بهن، فيجيء على قول سحنون، أن لهن أربع صدقات ونصف.

قال الشيخ أبو الطاهر: ولعله يريد ما قيل فيمن أسلم على عشر نسوة، فأمر بفراق ست منهن، فإنه اختلف، هل يكون لهن صداق أم لا؟، وما مقدار الكائن لهن؟ وهو جار على ذلك الأصل.

الفـرع الخامـس: أن يتزوج ست نسوة، واحدة في عقد، واثنتين

في عقد، وسمى لكل واحدة منهن[1] صداقها، وثلاثاً في عقد وسمى لكل واحدة منهن صداقها، ثم يموت ولم يدخل بواحدة منهنّ، ولم يُعلم السابق من عقودهن، فللمنفردة صداقها كاملاً، لأن نكاحها صحيح على كل تقدير، كان عقدها أوّلاً أو آخراً أو متوسطاً. وأما الخمس البواقي، فلكل واحدة منهن نصف صداقها، لأنه تارة يزول وتارة يثبت، فإن دخل بأربع فلكل واحدة من الضرائر أربعة أخماس صداقها، وخُمْس رُبُع صداقها، لأنه لا شك أن ثلاثاً منهن دخل بهن لهن ثلاث صدقات، واثنتان قد حصل لهما نصف نصف كما تقدم قولنا، فذلك أربع صدقات، ونصف آخر يزول عنهن تارة إن كانت المنفردة هي من المدخول بهن الأربع، وتارة يثبت لهن إن كانت الرابعة من المدخول بهن من الخمس اللاتي ليس فيهن المنفردة، فيكون نصفه، وهو الربع بين خمسٍ، فيصير لكل واحدة أربعة أخماسِ صداقِها، وخُمُس رُبُع صداقِها. وعليهن عدةُ الوفاة والإحدادُ، يستكملنَ في ذلك ثلاث حيض، ولا حيض على المنفردة.

وأما الميراث، فقال سحنون: لما كان حال هذه المنفردة يتردد بين الثلث والربع، أُعطيَت نصف الثلث ونصف الربع، وأقل ما يقوم منه السدس والثمن أربعة وعشرون، فتأخذ السدس والثمن سبعة أسهم، ويبقى سبعة عشر / بين الخمس، تسلم الاثنتان[2] للثلاث سهماً، ثم [١٥٧/ أ] يتنازع[3] الجميع الستة عشر الباقية، فيقسم بين الفريقين نصفين، لكل فرقة ثمانية، فيصير للثلاث تسعة، لكل واحدة منهن ثلاثة[4]، وللاثنتين ثمانية، لكل واحدة أربعة، وللواحدة سبعة.

---

(١) في الأصل: منهما ـ وما أثبتناه من س.
(٢) في الأصل: الاثنان.
(٣) في الأصل: فينازع.
(٤) بهامش س: لأن أكثر ما يكون لهما الثلثان وذلك ستة عشر من أربعة وعشرين.

الباب الرابع

في تعديد الطلاق

وفيـــه فصـــول:

الفصـل الأول

في نيـة العـدد

فإذا قال: أنت طالق أو طلقتك، ونوى عدداً، نفذ ما نواه.

ولو قال: أنت طالق، في واحدة، ونوى الثلاث، وقعت.

ولو قال: أنت[1] واحدة، ونوى الثلاث، وقعت الثلاث.

الفصـــل الثـانـي

فـــي التكـــرار

فإذا قال: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق. ونوى التأكيد، لم يقع إلا واحدة.

وإن نوى التكرار ووقوع الثلاث، وقعت.

وإن لم ينو شيئاً، فهو على التكرير.

وإن قصد بالثالثة تأكيد الثانية، وبالثانية الإيقاع وقعت ثنتان.

---

(١) س: أنت طالق.

ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ثم كرر ذلك، فدخلت فهي طلقتان، حتى يريد واحدة.

ولو قال: أنت طالق طلقة فطلقة، وقعت اثنتان، كما لو قال: عليّ درهم فدرهم، لزمه درهمان.

ولو قال لها: أنت طالق ثم طالق ثم طالق، أو طالق فطالق فطالق، لزمته الثلاث ولا يُنَوّى.

ولو قال: أنت طالق، وأنت طالق وأنت طالق، لزمته الثلاث، ولا يُنوَّى.

قال مالك: وفي النَّسَق بالواو شك.

قال ابن القاسم: ورأيت الأغلب على رأيه أنها مثل ثم، ولا يُنوَّى، وهو رأيي.

ولو طلق زوجته، فقال له رجل: ما فعلت؟ فقال: هي طالق، فإن نوى إخبارَه، فله نيته. فإن لم تكن له نية، فهل تلزمه طلقة واحدة أو طلقتان؟ قولان للمتأخرين.

قال أبو القاسم بن محرز: فإن كان تقدم له فيما قبل هذا الطلاق تطليقة حلف على ما ادّعاه ليملك بذلك رجعتها الآن. وإن لم يتقدم له فيها طلاق لم تلزمه يمين، لأنه يملك الرجعة[1] في الوجهين جميعاً[2] إلا أن يطلقها بعد هذا تطليقة، فلا يملك رجعتها، إلا بأن يحلف على ما ذكر.

وهذا كله في المدخول بها، فأما[3] غير المدخول بها، فإذا قال لها: أنت طالق، ثم طالق، بانت بالأولى، ولم تقع عليها الثانية.

---

(١) م: الرجوع.

(٢) جميعاً: ساقطة من س.

(٣) س: فأما في.

وكذلك إذا قال لها: أنت طالق فطالِقٌ.

أما إذا قال لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فإن الثلاث تلزمه، إذا كان ذلك نسقاً متتابعاً من غير سكوت ولا فَصْل.

وقال القاضي أبو إسحاق: لا يلزمه سوى الأولى، لأنها بانت بها، إلا أن ينوي بقوله الأول: أنت طالق الثلاث، ثم كرر، يبين بقوله الأول ما أراد.

ولو قال: أنت طالق طلقةً مع طلقةٍ، أو معها طلقةٌ، أو تحت طلقةٍ، أو فوق طلقةٍ، وقعت طلقتان بعد الدخول كان ذلك أو قبله.

ولو قال للمدخول بها: أنت طالق طلقةً قبل طلقةٍ، أو قبلها طلقة، أو بعد طلقة، أو بعدها طلقة، وقعت طلقتان.

الفصل الثالث
في الطلاق [بالحساب][1]

وهو ثلاثة أقسام:

الأول: حساب الضرب.

قال ابن سحنون عن أبيه فيمن قال: أنت طالق واحدةً في واحدة، أو قال: في / اثنتين، أو اثنتين في اثنتين، أو اثنتين في ثلاث، [١٥٧/ ب] وهذا ونحوه، فإنه يجري مجرى ضرب الحساب، فواحدة في واحدة واحدة، واثنتان في اثنتين أربعة، تَبِينُ منه بثلاث. وكذلك بقية هذا المعنى.

القسم الثاني: في التجزئة.

فإذا قال: أنت طالق نصف طلقة، أو ربع طلقة، أو غير ذلك من الأجزاء، وقعت طلقة، وكملت.

---

(١) في الأصل: في الحساب.

ولو قال: ثلاثة أنصاف طلقة، أو أربعة أثلاث طلقة، وقعت اثنتان، لزيادة الأجزاء.

وإذا قال: أنت طالق نصفي طلقة، وقعت واحدة. وكذلك نصف طلقتين.

ولو قال: ثلث وربع وسدس طلقة، فهي واحدة.

ولو قال: ثلث طلقة، وربع طلقة، وسدس طلقة، فهي ثلاث.

القسم الثالث: في الاشتراك.

فإذا قال لأربع نسوة: بينكن طلقة إلى أربع، طلقت كل واحدة طلقة.

وإذا قال خمسٌ إلى ثمانٍ، طلقت كل واحدة طلقتين.

فإن قال: تسع إلى ما فوق ذلك، طلقت كل واحدة ثلاثاً.

قال ابن سحنون عن أبيه: ولو قال: شركت بينكن في ثلاث، طلقت كل واحدة ثلاثاً.

وكذلك في اثنتين، تطلق كل واحدة اثنتين.

ولو قال لإحدى نسائه: أنت طالق ثلاثاً، وللثانية: وأنت شريكتها، وللثالثة: وأنت شريكتهما، طلقت الأولى والثالثة ثلاثاً، والوسطى اثنتين.

ولو عوّض عن قوله ثلاثاً، البتّة، فقال أصبغ: الثانية أيضاً مبتوتة كالأولى والثالثة.

قال يحيى: وأشهب وسحنون يقولان: الثلاث والبتة سواء.

البَابُ الخَامِسُ

في الاستثناء

فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، وقعت ثنتان. وشرطه الاتصال بالمستثنى عنه، وألا يكون مستغرقاً للمستثنى منه. ولا يشترط أن يستثنى الأقل على المنصوص.

وينحصر الكلام عليه في فصلين:

الفصل الأول

في الاستثناء المستغرق

وفيه مسائل:

الأولى: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، لم ينفع لِبطلان الاستثناء.

ولو قال: ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة، لجُمع ما فرّقه، وجعل مستغرقاً.

وكذلك لو قال: طالق البتّة إلا اثنتين وواحدة، لزمته البتة.

ولو قال: طالق طلقة واحدة إلا واحدة، طلقت واحدة، إلا أن يعيد الاستثناء على الواحدة فقط، فتقع عليه اثنتان، ويلغو الاستثناء، إذ يصير مستغرقاً.

وكذلك لو قال: أنت طالق واحدة وواحدة إلا واحدة، طلقت ثِنْتين أو ثلاثاً على ما تقدم.

ولو قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة وواحدة وواحدة، وقع الثلاث.

الثانيــة: الاستثناء من النفي إثبات، ومن الإثبات نفي، فلو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، وقعت ثنتان. معناه إلا اثنتين لا تقع إلا واحدة تقع من الثنتين.

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة، وقعت ثنتان لأنه أخرجه عن الاستغراق بقوله: إلا واحدة.

الثالثة: لو قال: أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً. فقيل: تقع ثنتان[1] وقيل: الزيادة تلغو. فيبقى الاستثناء مستغرقاً.

[١٥٨/ أ] / وعلى هذا، لو قال: أنت طالق أربعاً إلا اثنتين، وقعت واحدة، وعلى الأول تقع اثنتان.

ولو قال: أنت طالق مئة إلا تسعاً وتسعين، فقيل: تلزمه ثلاث، ولا ينفعه الاستثناء، لأنه أتى بما لا يصلح له إيقاعه. وقيل: تلزمه واحدة.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف[2] وقعت الثلاث، لأنه أبقى النصف فيُكمَّل.

ولو قال: أنت طالق البتة إلا واحدة، فقال أشهب: تطلق اثنتين.

وقال سحنون: ثلاثاً.

وروى عنه مثل الأول.

ومنشأ الخلاف أن البتة تفيد العدد مع البينونة، أو البينونة فقط؟ وأن أبعاض الجمل كنوع آخر أم لا؟ كما تقدم.

---

(١) من هنا يبدأ نقص في م. (٢) س: زيادة: طلقة.

ولو قال: أنت طالق الطلاق كله إلا نصفه، لزمه طلقتان.

ولو قال: إلا نصف الطلاق، طلقت ثلاثاً من جهة أن هذا الطلاق يصح أن يكون واحدة، فيصير كأنه استثنى نصف طلقة، فتجبر فتصير ثلاثاً.

وقيل: يصح أن تكون هذه المسألة كالتي قبلها، ويكون الألف واللام في الطلاق للجنس.

الفصل الثاني
في التعليق بالمشيئة

فإن علّق بمشيئة الله سبحانه، فقال: أنت طالق إن شاء الله، وقع الطلاق ولم تنفعه المشيئة.

وللأصحاب في الفرق بين الطلاق واليمين بالله سبحانه طريقتان:

الأولى: أنه تعلق بلفظه حكم الطلاق، فلا يرفع بالاستثناء، بخلاف اليمين بالله سبحانه، فإنه لا يتعلق بلفظها حكم.

الثانية: قال البغداديون: المستثني في الطلاق، إن أراد بذلك التأكيد، لم تنحل اليمين. وإن أراد حل اليمين، فلا يصحّ، لأنه بمنزلة أن يحلف بالله على ما مضى، فلا يصح الاستثناء فيه.

وقال الإمام أبو عبد الله: تحقيق قوله: إن شاء الله، أنه أراد بذلك: إن شاء الله إيقاعَ هذا اللفظ مني، لزمه الطلاق عند أهل السنة، وإن أراد: إن شاء الله لزوم الطلاق للحالف به، فيلزمه قولاً واحداً. وإن أراد: إن شاء الله طلاقك في المستقبل، فأنت طالق الآن، فيجري على الخلاف في تعليق الطلاق بالمشكوك في وقوعه.

وإليه أشار مالك رضي الله عنه بقوله: علّق الطلاق بمشيئة من لا تعلم مشيئته.

وإن قصد بقوله: إن شاءالله، إلزامَ الطلاق مع الاستثناء، فهذا هو أشكل الوجوه. قال: والحق فيه أن يُرجع إلى خلاف الأصوليين: هل لله تعالى في الفروع حكم مطلوب، ونحن غير عالمين به؟ فيرجع إلى القسم الثالث، وهو تعليق اليمين بالمغيبات، أو ليس له حكم، بل كل مجتهد مصيب، فيكون الحق في المسألة معلقاً باجتهاد المفتي.

فـــرع:

إذا علق الطلاق على فعل[1] واستثنى بمشيئة الله سبحانه، لم ينفع كما تقدم.

وقال عبد الملك بن الماجشون وأصبغ: إن أعاد الاستثناء على الفعل نفعه، وإلا فلا.

وإن صرف الحالف المشيئة إلى غير الله سبحانه، وهو من تعرف مشيئته، فلا طلاق حتى تحصل المشيئة به. وإن صرفها إلى ما لا تعرف مشيئتُهُ من الخلق كالجماد، أو إلى الملائكة والجن، ففي وقوع الطلاق به خلاف.

[١٥٨/ ب] ولو أوقع الطلاق وصرف رفعه / إلى مشيئة من تعلم مشيئته، كقوله: أنت طالق إلا أن يشاء زيد، ففي وقوع الطلاق به خلاف أيضاً، وإن شاء زيد.

---

(١) س: الفعل.

الباب السادس

في الشك في الطلاق

وللشــك حــالات:

الأولــى: أن يشك هل طلق أم لا، ولم يستند شكه إلى أصل، فلا يلزمه الطلاق ولا يؤمر به.

الحالة الثانية: أن يستند شكه إلى أصل، كمن حلف ثم شك هل حنث أم لا وكان سالم الخاطر؟ فإنه يؤمر بالفراق، وفي كونه على الوجوب أو الندب قولان.

الحالـة الثالثـة: أن يتيقّن أنه أوقع الطلاق على زوجته، ويشك فلا يدري كم طلقها، أواحدة أو اثنتين أو ثلاثاً؟ ففي الكتاب[1] قال مالك: لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره.

قال ابن القاسم: وأرى إن ذكر، وهي في العدة، أنه لم يطلق إلا واحدة أو اثنتين، أنه يكون أملك بها. فإن انقضت العدة قبل أن يذكر، فلا سبيل له إليها. فإن ذكر بعد انقضاء العدة أنه إنما كان طلق تطليقة أو تطليقتين، فهو خاطب من الخطاب، وهو مصدّق في ذلك. قال: ولا أحفظه عن مالك.

وقيل: تقع عليه طلقة واحدة. وله الرجعة في المدخول بهـا، والعقد في غيرها دون زوج، لأن ملك الثلاث متيقن، وقد وقع الشك

(١) المدونة: ٣/ ١٣ كتاب الطلاق، ما جاء في الشك في الطلاق.

فيما زال منها، والأصل البقاء فيما لم يُتَيقَّن وقوعُه، والواحدة هي المتيقَّنة فلا يقع غيرها.

ووجه المشهور: أنه قد تيقن وقوع ثلم[1] في النكاح، وأن هناك تحريماً قد وقع، ولا يرفعه إلا الرجعة إذا كانت الزوجة مدخولاً بها، أو تجديد العقد إن كانت غير مدخول بها، وتلك الرجعة وذلك العقد مشترط في صحتهما أن يبقى بعض العصمة الأولى التي وقع الطلاق فيها، وبقاء بعضها مشكوك فيه، والشك في الشرط شك في صحة المشروط، فكل واحد من الرجعة والعقد المجدد مشكوك في صحته منه، فيبقى على الأصل المتيقن قبلهما، وهو التحريم الحَاصل فيها بالطلاق الواقع عليها، ولم تُبَح له بالرجعة أو العقد المشكوك في صحتهما.

وإذا فرعنا على المشهور، فتزوجها بعد زوج، ثم بتَّ طلاقها في النكاح الثاني، حلّت له بعد زوج غيره. ثم إن طلقها دون الثلاث، فله الرجعة وإن لم يبت طلاقها، فمتى طلقها ولو واحدة، لم تحلّ له إلا بعد زوج، ويتكرر ذلك عليه هكذا أبداً لِدَوران الشك.

وروي أنها تحل له بعد ثلاثة أزواج وتطليقتين، ويزول الشك فيها. وقاله أشهب وأصبغ.

وقال ابن وهب: إذا طلقها ثلاث تطليقات متفرقات، كان كما لو طلقها ثلاثاً مجتمعة، وترجع على ملك مبتدأ.

الحالة الرابعة: أن يحلف ثم يحنث، ويشكّ في المحلوف به إذ نسيه، فصارت يمينه عنده غير معلومة ما هي، فيؤمر بالتزام جميع الأيمان، إلا ما لم تجر عادته بالحلف به.

وقيل: لا يؤمر بذلك.

---

(١) الثلمة: الخلل في الشيء.

فـــروع:

في الشك في محل الطلاق.

ولو قال رجل: إن كان هذا الطائر غراباً فامرأتي طالق. وقال آخر: إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق، وأشكل الأمر فيه، فقد حنثا. إلا أن يدعيا أن ذلك يقينهما ويحلفا عليه، ويكون منهما بحيث يتبيّن لهما، فيدينان ولا يحنثان، إلا أن يقولا: حلفنا على ما ظنناه، أو يقول ذلك أحدهما، فيحنث قائله منهما.

وكذلك لو قال رجل: إن كـان / غراباً فعَزَّة طالق، وإن لم يكن [١٥٩/ أ] غراباً فزينب طالق لزوجتيه.

وأطلق ابن المواز القول بأن من حلف بيمين، ثم شك في برّه أو حنثه، فهو حانث، ما لم تكن يمينه بالله عز وجل.

ومن طلّق إحدى امرأتيه ونسي عينها توقف ليتذكر، ولا يعجّل عليه بالإيقاف لرجاء التذكر، فإن طال الأمر ورفعتاه، ضرب له أجل الإيلاء.

ولو قال لزوجته وأجنبية: إحداكما طالق، ثم قال: أردت الأجنبية، لم يقبل منه، وطلقت الزوجة.

ولو خاطب بذلك زوجتيه، فإن نوى إحداهما طُلّقِت، وإذا لم يكن نوى واحدة بعينها، لزمه الطلاق فيهما جميعاً.

وقيل: له أن يعين من شاء منهما، فيقع عليها الطلاق.

وفي كتاب محمد، ومن له نسوة، فقال: امرأته طالق في يمين، فحنث، فإن قال: نويت واحدة، دُيِّن، وإن لم تكن لـه نية، فقـال أصحاب مالك المصريّون أجمع، ورووه عنه: أنهن يطلّقن كلّهن. وقال المدنيوّن من أصحابه: يختار واحدة، مثل العتق، وقول المصريّين أحب إلينا، لأن العتق قد يتبعّض، ولا يتبعّض الطلاق.

ولو رأى واحدة تتطلع فخاطبها بقوله: أنت طالق، ثم لم يعرفها، طلقن كلهن.

النظر الثاني: في التعليقات، وفيه فصول وفروع.

الفصل الأول

في التعليق بالأوقات

وهي ثلاثة: ماض. ومستقبل. وحال.

فأما الماضي، فإن شرط بصفة ممكنة عادة وشرعاً كقوله: زوجتي طالق لو جئت أمس لأقضينّك حقك، لزمه الطلاق عند ابن القاسم، ولم يلزمه عند عبد الملك.

وإن شرط بصفة ممتنعة عادة أو شرعاً كقوله: لو جئت أمس لأدخلنّ بزيد في الأرض، أو لأقتلنه، فإن أراد حقيقة الفعل حنث، وإن أراد المبالغة لم يحنث.

وأما المستقبل، فإن شرط بصفة يعلم وجودها بلا بُدّ، كقوله: أنت طالق بعد سنة أو ستة أشهر ونحو ذلك، فهذا يتنجّز عليه الطلاق إذا كان الأجل مما يشبه أن يبلغه عمره في العادة، فإن كان مما لا يشبه أن يبلغه عمره في العادة لم يقع الطلاق.

وقيل: يقع عليه الطلاق، وإن كان الأجل بعيداً جداً، ويعد نادماً.

ولو قال لها: إذا متّ، فأنت طالق، ففي تنجيز الطلاق عليه خلاف منتف في قوله: إن متّ، إذ لا يختلف في أنه لا يتنجز عليه.

والفرق أن موضوع (إن) لِمَا يُتَوَقَّع، وموضوع (إذا) لِمَا يُتحقَّق.

قال عبد الحق: والصحيح أنَّهما سواء، وإليه رجع مالك.

فأما لو قال: يوم أموت، لعجل عليه الطلاق.

وإن شرط ما يصحّ أن يوجد، وأن لا يوجد من غير غلبة، فلا يتنجّز عليه الطلاق قبل وجوده.

وإن شرط ما الغالب وقوعه كزمن الحيض أو الطهر أو الحمل أو الولادة كقوله: إذ حضت، وشبهه، فالمشهور تنجيز الطلاق تنزيلاً للغالب منزلة المحقق.

وعند أشهب: لا شيء عليه حتى تحيض الطاهر، أو تضع الحامل.

فأما الحائض، فإن أراد بقوله: إذا طهرت، أي انقطع عنك الدم، فحتى ينقطع. وإن أراد إذا لزمتها الصلاة، طلقت في الحين، لأنها تَلْزمها بمضي مدة الحيض وانقطاع الدم، أو بالاستحاضة.

وإذا فرعنا على الأول، فلا يفتقر في التنجيز إلى حكم على المشهور أيضاً، ولا إلى / كونه على حنث. [١٥٩/ ب]

وقال أصبغ: يتنجّز الطلاق إن كان على حنث، وإن كان على برّ لم يتنجز، لأنه مستصحب للعصمة، فلا ترتفع إلا بتحقيق الوقوع. وفي الأولى ليست العصمة مستصحبة، فترتفع بالغالب.

فـرع:

إذا قال لها: متى حضت فأنت طالق، وقلنا بوقوع الطلاق عليها الآن على المشهور، ففي عدد الواقع عليها بذلك خلاف:

قال ابن القاسم: ثلاث.

وقال سحنون: اثنتان، لانقضاء العدة بالدخول في أول الدم الثالث، فلا تلحقها الثالثة.

وكذلك لو قال لها: أنت طالق كلما جاء شهر، هل تنجّز[1] عليها طلقة واحدة، ثم تتربّص لعلها تخرج من العدة قبل الزمان[2] الثاني، أم لا؟، وفيه الخلاف المتقدم.

وكذلك القائل: إذا متّ فأنت طالق، هل يعدّ الموت سابقاً، أو الطلاق؟ القولان.

ويتفرع على القول الشاذ فرعان.

الأول: إذا قال لها: إذا وضعت فأنت طالق، فوضعت ولداً، وبقي في بطنها ثان، فهل ينجّز الطلاق بوضع الأول، أو يقف التنجيز على وضع الثاني؟. وفي ذلك قولان.

الفرع الثاني: إذا قال لأربع نسوة له حوامل: من وضعت منكنّ فصواحباتها طوالق، أن الأولى تطلق ثلاثاً، وكذلك الرابعة، وأما الثانية في الوضع، فإنما تقع عليها طلقة واحدة بوضع الأولى، ثم تبين بوضعها، ويقع على الثالثة طلقتان بوضع الأولى والثانية، ثم تبين بوضعها. ويتبين ذلك بالالتفات إلى عدد صواحبات كل واحدة، وإلى انقضاء عدّتها بولادتها.

وأما على المشهور، أعني قول ابن القاسم، فينجِّز على كل واحدة ثلاثاً.

ولو قال: من وضعت منكن فالبواقي طوالق. وأراد غير من وضعت فلا طلاق على الأولى، وحكم الثلاث ما تقدم.

وأما الحال، فمثل أن يشترط صفة حالة، كقوله: أنت طالق إن كنت تبغضينني مثلاً، فهذا لا يختلف المذهب أنّه يؤمر بالفراق، وهل يجب عليه أم لا؟، ثلاثة أقوال: الوجوب. ونفيه. والتفرقة، فإن أجابته بما يقتضي الحنث وجب الفراق، وإن كان الأمر بالعكس لم يجب.

---

(1) س: يتنجز.　(2) س: الزمن.

وقال أبو محمد عبد الحميد: إن قصد نفس لفظها فلا طلاق عليه إذا جاوبته بما لا يقتضيه. وإن كان علّقه بما في قلبها، فهو من باب وقوع الطلاق بالشك.

الفصل الثاني

في التعليق بالتطليق ونفيه

وإذا قال: إن طلقتك، أو إذا، أو مهما، أو متى ما طلقتك فأنت طالق فقال سحنون: إذا طلقها واحدة، طلّقت طلقتين بعد الدخول، وطلقة واحدة قبله، لأن المعلق يصادف حال البينونة. وكذلك إذا خالعها.

وإن قال لها: كلما وقع عليك طلاقي، فأنت طالق، فقال سحنون: إذا طلقها واحدة لزمه الثلاث.

قال ابنه: ثم رجع سحنون وقال: تلزمه ثلاث في المسألتين.

قال: والأول لبعض أصحابنا.

فإن علق طلاقها على صفة ووجدت، فهو تطليق.

ولو قال: إن لم أطلّقك فأنت طالق، لزمتْه مكانَه طلقة، إذْ لا بِرَّ لَه إلا بطلاق.

وقيل: لا يلزمه حتى يوقف أو ترافعه.

وإذا قلنا: يقف وقوع الطلاق على الرفع، فهل ينجّز عليه الطلاق، / إذ لا فائدة في التأخير، أو يضرب له أجل المولي لعل [١٦٠/ أ] رأيها يتبدل، فترجع إلى الصبر عليه؟ فيه خلاف أيضاً.

وكذلك لو علق ذلك بأجل مثل قوله: إن لم أطلّقك إلى أجل كذا، فأنت طالق.

ولو قال: إن لم أطلقك واحدة إلى شهر فأنت طالق الآن البتة، ثم أراد تعجيل الواحدة قبل الأجل، فقد توقف[1] في ذلك مالك.

وقال أصبغ: لا يجزيه.

وقال محمد: إن سئل في الطلاق فلا يجزيه ذلك، وإن كان أراد أن يعمها بالطلاق، فإنه يجزيه.

ولو حلف بطلاقها البتة ليطلقنّها رأس الشهر البتة لجرى[2] على الخلاف المتقدم.

وقال محمد: لا يعجل عليه أحد الطلاقين، لأن له أن يصالح قبل الشهر، فلا يلزمه إلا طلقة.

ولو قال: أنت طالق أَنْ لم أطلقك، أو أَنْ طلّقتك، بفتح الهمزة فيهما، فهو للتعليل، فيقع في الحال، إلا إذا لم يعرف اللغة، فهو كالتعليق.

ولو قال: إن طلّقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً، كان ذكر القَبْليّة لغْواً، فلو نجّز طلاقاً وقع المنجَّز، ووقع تمام الثلاث من المعلق، ولغي لفظ القبلية.

الفصل الثالث

في التعليق بالحمل والولادة

وفيه مسائل:

الأولى: إذا قال: إن كنت حاملاً فأنت طالق.

---

(١) في الأصل: وقف.

(٢) لجرى: زيادة من س.

ففي الكتاب[1]: قد قال مالك في مثل هذا: هي طالق لأنه لا يدري، أحامل هي أم لا.

وقال أبو القاسم السيوري: إن كانت بيّنَةَ الحمل، فبيّنٌ أنها تُطلّق. وإن كان يطأ ويعزل عزلاً بيّناً، فهو كالذي يطأ ولا يُنزِل ولا شيء عليه. وإن كان يُنزل، فينبغي أن يوقف، لأن الحمل مشكوك فيه. وإن كانت ممن لا يمكن أن تحمل، فلا شيء عليه.

ولو عكس الأمر فقال: إن لم تكن حاملاً، فهي طالق، فحكمها في الكتاب[1] حكم الأُولى.

وفي غيره: إن لم يطأ في ذلك الطهر، أو وطىء ولم يُنزل، عجّل الطلاق[2]. وإن أنزل جرى على القولين: هل يتربص، أو يكون على شكّ في العصمة فيعجّل بالفراق؟.

ثم هل يتوارثان في الصورة الأولى، وفي هذه، إن قلنا بالصبر، ثلاثة أقوال:

الحكم بالميراث لاستصحاب العصمة.

ونفيه لأنه ميراث بالشك.

وتخصيصها بإرثه، ولا يرثها لأنه مرسل للعصمة من يده بسبب يمينه.

ثم المذهب أنه إذا قال: إن حملت، فهو محمول على حمل مؤتنف، وأنه لا يحنث لحمل تقدّم يمينَه.

وقال أبو الحسن اللخمي: فيه قولان.

---

(١) المدونة: ٣/ ٥. كتاب الطلاق، الأيمان في الطلاق.

(٢) الطلاق: ساقطة من س.

وأخذ القول الآخر من قوله في الكتاب[1] فيمن قال: إذا حملتِ فوضعتِ فأنت طالق، أنه إن كان وطئها في ذلك الطهر مرة فهي طالق مكانها. قال: فحنثه بما تقدم من الوطء.

ورأى بعض المتأخرين أن مقصوده في الكتاب التعليق على الوضع لا على الحمل.

المسألة الثانية: إذا قال: إن كان حملك هذا جارية فأنت طالق واحدة، وإن كان غلاماً فأنت طالق اثنتين. فولدت ذكراً وأنثى، وقع عليه الطلاق، لأنا نحنث بالأقلّ.

ثم يختلف الحال في عدد الواقع، فإن ولدت الغلام أوّلاً كان الواقع اثنتين وتنقضي العدّة بوضع الجارية، ولا يلزمه به طلاق.

[١٦٠/ ب] / وإن وضعت الجارية أولاً، لم يقع إلا طلقة واحدة، إذ تنقضي العدة بوضع الغلام، ولا يقع به طلاق.

ولو قال: إن كان حمْلك كلّه جارية فأنت طالق واحدة، وإن كان كله غلاماً فأنت طالق طلقتين، فكان جارية وغلاماً، لم يقع عليه طلاق، وهو كمن قال: إن هدمت هذه الدار، فهدم بعضها، أو قال: إن هدمتها كلها، فهدم بعضها.

المسألة الثالثة: إذا قال: إن ولدتِ ولداً فأنت طالق، فولدت ولدين، طلقت بالأوّل، وانقضت عدتها بالثاني.

ولو قال: كلّما ولدت ولداً، فكذلك.

القسم الثاني من التعليقات: في فروع متفرقة[2] نذكرها إرسالاً.

وجملة نظرنا في تعليق الصفات إذا علق عليها، فلنذكر الصفات

---

(١) المدونة: ٣/ ٥. الكتاب السالف.

(٢) س: مفترقة.

حتى لا نطوّل، فنقول: تعليق الطلاق بطلوع الشمس يقتضي تنجيزه، وليس حلفاً، سواء كان بصيغة إن أو إذا. وبالأفعال حلف بالصيغتين. وأكل رمانة يحنث في التعليق بها، وبنصف رمانة. وكذلك أكل نصفها. والبشارة هي الخبر الأول. والكذب خبر كالصدق.

وإذا قال العبد لزوجته: إن مات سيدي، فأنت طالق طلقتين، فبَتل السيد عتقَه في المرض، ثم مات بقيت معه بطلقة على حكم يوم الحنث[1].

ولو قال: طلاق زوجته المملوكة لأبيه على موت أبيه، لم ينفذ إن كان وارثَه، لأنه وقَّت انفساخَ النكاح بالملك.

ولو قال: أنت طالق يوم يقدم فيه فلان، فقدم نصف النهار، تبيّن الوقوع أول النهار. ولو قدم ليلاً لم تطلق إلا أن تكون نيته تعليقَ الطلاق بالقدوم[2].

ولو قال: أنت طالق هكذا، وأشار بأصابعه الثلاث، طُلقت ثلاثاً.

ولو قال: أنت طالق إن كلمت زيداً إن دخلت الدار، فمعناه تعليق التعليق، فإذا كلم زيداً أوَّلاً تعلق طلاقها بالدخول كتعليق التدبير.

ولو قيل له: أطلّقت زوجتك؟ استخباراً، فقال: نعم. كان إقراراً.

ولو قيل له: ألك زوجة؟ فقال: لا، لم يقع عليه بذلك طلاق، إلا أن ينوي به الطلاق.

ولنقتصر على هذا القدر المنبه على التأصيل هاهنا، ونحيل طالب التفصيل على ما تقدم في كتاب الأيمان.

---

(١) سئل أبو عبد الله بن مرزوق عن قول ابن شاس هذا، وكان السائل يرى أن هذا الفرع منقول من الوسيط الغزالي. انظر (جواب ابن مرزوق في المعيار للونشريسي: ٤/ ١٥٩ وما بعدها).

(٢) انظر (المعيار للونشريسي: ٤/ ١٦٢ـ ١٦٣).

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الرجعة

وفيه فصلان:

الفصل الأول
في أركانها

وهي ثلاثة: المرتجع. وسبب الرجعة. ومحلها.

الأول: المرتجع.

وكل من له أهليّة النكاح فله الرجعة، ولا يَمنَع منها المرض والإحرام، وإن مَنَعا من ابتداء النكاح. ولا تقف على إذن السيّد في العبد ولا في الأمَة.

الركن الثاني: السبب، وهو الصيغة، وما يجري مجراها.

فالصيغة كقوله: رجعت، وراجعت، أو ارتجعت. وقوله: رددتها إلى النكاح. وكذلك لفظ الإمساك. وكل لفظ يحتمل الارتجاع إذا نواه به أفاده، كقوله: أعدت الحِلَّ، ورفعت التحريم، وشبهه.

ويجري مجرى الصيغة الفعلُ المقترن بالنية، كالوطء والاستمتاع وشبهه. فإن عري عن النية، فلا تحصل به الرجعة. وقيل: تحصل.

وفي تحصيلها بمجرد القول من غير نية قولان مبنيان على صحة نكاح الهزل، وهذا أوْلى بالصحة / لأنه رد لما انثلم من النكاح، بخلاف [١٦١/ أ] ابتدائه.

ولا يشترط الإشهاد فيها. وإن استُحِبّ.

وقال القاضي بكر بن العلاء[1]: يجب.

وتأوله أبو القاسم بن محرز على أن معناه أن لا تثبت الرجعة إلا بالبينة عليها.

قال أبو القاسم بن محرز: وقال أشهب عن مالك: إذا قال: إذا كان غد فقد راجعتك، لم تكن هذه رجعة. قال أبو القاسم: مراده لا تكون رجعة الآن، لكن تكون رجعة في غد، وعلّل بأنها حق له، فكان له تنجيزه وتعليقه بما شاء من مجيء غد، أو قدوم غائب، أو غيره.

ثم ذكر الخلاف في الشفعة، إذا علّق أخذها بشرط بعد معرفته بالثمن، ثم قال: فيه نظر، لأنها معاوضة.

الركن الثالث: المحل، وهي المعتدة بعد الدخول بوطء جائز في نكاح صحيح عن طلاق تقاصر عن نهاية ما يملك منه الزوج، ابتدأ إيقاعه مجرّداً عن العوض، وعن قصد البينونة، ولفظ يقتضيها على خلاف فيهما.

ولم يشترط ابن الماجشون جواز الوطء.

فروع:

حيث أوجبنا العدة بالخلوة ثبتت الرجعية إن تصادقا على الوطء.

وإن ادعاه وأنكرته، ففي ثبوت الرجعة خلاف.

---

(١) بكر بن محمد بن العلاء القشيري، أبو الفضل. من أهل البصرة، انتقل إلى مصر، وهو من كبار المالكيين رواية للحديث. حدث عنه كثير من المصريين والقرويين والأندلسيين. ولي القضاء ببعض نواحي العراق، وألف كتباً منها «الأحكام» والأشربة، والرد على المزني. ت ٣٤٤، وقد جاوز الثمانين (حسن المحاضرة: ١/ ٤٥٠. الديباج: ١/ ٣١٣ـ ٣١٥).

وإذا ادعت انقضاء العدة بوضع الحمل ميتاً أو حياً، ناقصاً أو كاملاً، صدقت إذا كان ذلك ممكناً. وإذا وضعت المعتدة انقضت العدة بوضعها. ويستوي في ذلك العلقة، والمضغة المخلقة، وغير المخلقة، وكل ما تعرف النساء أنه حمل. وإنما تقبل دعواها مع الإمكان.

وإمكان الولد الكامل إلى ستة أشهر من وقت إمكان الوطء.

وإمكان انقضاء الإقراء إذا طلقت في الطهر مختلف فيه على اختلاف في أقل الحيض، وأقل الطهر في العدد والاستبراء.

وروي عن سحنون في الحرة تقول: انقضت عدتي في شهر، قال: أقل ما تصدّق فيه أربعون يوماً، ويقبل قولها في مدة الإمكان، على خلاف عادتها إذا لم يكن نادراً.

وفي قبوله في النادر خلاف.

وقال القاضي أبو بكر: عادةُ النساء عندنا مرةٌ واحدةٌ في الشهر، وقد قلت الأديان في الذكران، فكيف بالنسوان؟ فلا أرى أن تمكّن المرأة المطلقة من التزويج[1] إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق، ولا يسأل عن الطلاق، كان في أول الطهر، أو آخره[2].

وإذا وطئها بعد قرءيْن، استأنفت ثلاثة قروء ولا رجعة إلا في الأول منها.

---

(١) في أحكام ابن العربي: ١/ ١٨٧. من الزواج.

(٢) كلام القاضي أبي بكر بن العربي منقول بنصه من (أحكام القرآن: ١/ ١٨٧) عند تفسير قوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ البقرة: ٢٢٨.

الفصـــل الثانـي

فـــي أحكـام الرجعيـــة

وهي محرّمة الوطء على المشهور، لكن لا حَدَّ في وطئها، وتصحّ مخالعتها، ويصحّ الإيلاء منها، والظهار، واللعان، والطلاق، ولا خفاء بجريان التوارث، ولزوم النفقة.

ولو قال: زوجاتي طوالق، اندرجت تحته.

وإذا ادعى أنه راجعها قبل انقضاء العـدة وأنكرت، فالقول قولها، إذ الأصل عدم الرجعة، إلا أن تقوم له أمارة تصدّقه من إقراره بذلك قبل انقضاء العدة، أو تصرفه إليها، أو مبيته عندها. فإن لم يكن ما يصدّقـه لم يقبل قولـه وإن صدقته المرأة.

[١٦١/ ب] ثم تمنع إذا صدقته من الأزواج لإقرارها / بثبوت العصمة، ولا يمكَّن من وطئها، وتجب لها النفقة عليه لأنها محبوسة بسببه. فإن قامت بحقها في الوطء، ففي تطليقها عليه بسبب ذلك قولان، سببهما أن حقها ثابت في الوطء، وهو ممنوع منه بالشرع.

قال أبو الحسن اللخمي: وإن أحب الزوج أن يعطيها ربع دينـار ويُحضِر الوليّ جـاز وله جبرها على ذلك.

قال: وإن كانت أمة واعترف سيدها بارتجاع الزوج بعد انقضاء العدة، لم يصدَّق السيد، ولم يملك الزوج الرجعة.

قال أشهب في كتاب محمد: إلا أن يشاء الزوج أن يدفع ثلاثة دراهم فتكون امرأته، شاء السيد أو أبى، لأنه اعترف أنها امرأته. ويجبر السيد على أن يعقد نكاحها منه.

ولو قال: راجعتك الآن، فقالت: انقضت عدتي بالأمس، فأنكر.

أو قالت: انقضت عدتي، فقال: راجعتك بالأمس، فأنكرت، فالقول قولها.

وقال القاضي أبو بكر: لا يقبل قولها: انقضت عدتي، بعد قوله راجعتك، ويقبل قبل ذلك.

ولو ارتجع وأشهد، فلما علمت قالت: أسقطتُ مضغة، فهي مصدقة.

ولو قالت: كنت حضت ثلاث حيض، فقال أشهب: تصدق في الأولى، وفي متى حاضتها، ثم نحسب ما بقي للحيضتين، فما أشبه صدّقت فيه بغير يمين، وإن لم يشبه فرجعته رجعة.

فـــــرع:

لو صدقناها في انقضاء عدتها بالحيض بعد دعواه الرجعة، فتزوجت، فاستمرت حاملاً، ووضعت لأقل من ستة أشهر، فلتردّ إلى الأول، وتكون رجعتُه رجعةً، والولدُ ولدَه، وقد تبيّن كذبها، أو حاضت مع الحمل. وتحرم على الثاني، لأنه إنما وطىء ذاتَ زوج.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الإيلاء

وهو الحلف بيمين، يلزم بالحنث فيها حكم، على ترك وطء الزوجة، أو ما يتضمن ترك الوطء زيادة على أربعة أشهر بمدة مؤثرة. وفيه بابان:

الباب الأول

في أركانه

وهي أربعة.

الركن الأول: المُولي، وهو كل زوج مسلم، مكلف، يُتصوَّر منه الوقاع، حراً كان أو رقيقاً، كانت رجعية، أو في صلب النكاح، كان الزوج مريضاً أو صحيحاً. ولا يصح إيلاء الخصيّ والمجبوب.

وقال أصبغ: يصح.

ولو آلى، ثم جُبَّ، انقطع الإيلاء.

ولو قال لأجنبية: والله لا أجامعك إلى سنة، ثم نكحها قبل مضي ثمانية أشهر صار مولياً.

فروع: فيمن يلتحق بالمُولي.

الفرع الأول: من حلف على أمر ممكن ليفعلنَّه، كقوله: لادخلنّ الدار، فإنه يكون مولياً، كالحالف على الوطء، ويفرّقان في ابتداء الأجل، فإنه في حق هذا بعد الرفع حين الحكم، وفي حق الأول من حين الحلف.

وقال غيره: ذلك إذا تبين ضرره، وأما إن لم يمكنه فعل ما حلف عليه لم أَحُل بينه وبينها، ولا أضرب له أجلاً حتى يمكنه ذلك.

الفرع الثاني: إنه يحكم أيضاً بالإيلاء على من ترك الوطء مضارراً، وعرف ذلك منه، وطالت به المدة، وأجله أيضاً من حين الحكم كالسابق.

وقيل: يفرّق بينهما بغير أجل.

[١٦٢/ أ] وقيل: لا يكون بذلك / مولياً، ولا يفرّق به.

الثالث: إذا أطال المسافر الغيبة عامداً للضرار[1] أمر بالقدوم على امرأته، فإن أبى وأضرَّ بها ذلك، فطلبت الفراق، فرّق بينهما، لأن العلة عدم الوطء، كالحالف والعنّين، وغيرهما.

الركن الثاني: المحلوف به، وهو الله تعالى، أو صفة من صفاته النفسية، أو المعنوية، أو ما فيه التزام من عتق وطلاق، أو لزوم صدقة أو صوم، أو نحوه علق بالوطء، كل ذلك إيلاءاً.

فإذا قال: والله إن وطئتك[2] فهو مُولٍ.

وكذلك إن قال: إن وطئت، فللَّه عليّ صدقة أو صوم، فهو مول.

ولو قال: إن جامعتك فعبدي حر، صار مولياً، فإن مات العبد أو

---

(١) س: للضرر.

(٢) س، م: وطئت.

زال الملك عنه، انحلّ الإيلاء. ولو اشتراه بعدُ، أو وُهب لـه فقبله، عاد الإيلاء عليه إن كان بقي من المدة ما يزيد على أربعة أشهر، ولو ورثه لم يعد الإيلاء عليه.

ولو قال لغير المدخول بها: إن وطئتك فأنت طالق واحدة، فهو مول، وتقع بالوطء طلقة رجعية، لترتّب الطلاق على المسيس. رواه ابن سحنون عن أبيه.

ولو قال: إن وطئتك فضرّتك طالق، فهو مولٍ، فإن ماتت الضرة، انحلت اليمين وإن أبانها فكمثل. فإن جدد نكاحها عاد مولياً إن كان بقي من طلاق الملك المحلوف به شيء، وبقي من المدة ما يزيد على أربعة أشهر.

ولو قال: إن وطئت إحداكما، فالأخرى طالق، وأبى الفيئة، فالقاضي يطلق عليه إحداهما.

ولو قال لأربع نسوة: والله لا أجامعكنَّ، فإن جامع واحدة، لم يكن مولياً عن البواقي، والكفارة تجب بوطء واحدة.

ولو قال: والله لا أجامعك في السنة إلا مرة واحدة، فمضت منها أربعة أشهر ولم يطأ، فاختلف فيها قول ابن القاسم، فقال: يوقف إذا مضى من السنة أربعة أشهر، وقال: لا إيلاء عليه حتى يطأ. وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر.

ولو قال: لا أجامعك في هذه السنة إلا مرتين، فقال ابن القاسم: لا يكون مولياً، لأنه إذا شاء تركها أربعة أشهر ثم وطئها، ثم تركها أربعة أشهر، ثم وطئها، فلا يبقى من السنة إلا أربعة أشهر.

وقال أصبغ: هو مول.

قال محمد: غلط أصبغ رحمه الله.

وإذا وطىء ما حلف عليه من مرة أو مرتين صار مولياً إن بقي من السنة زيادة على أربعة أشهر.

وكذلك إذا قال: لا أجامعك إلا عشر مرات أو مئة، فإذا استوفى العدد صار مولياً إن بقيت المدة.

ولو آلى عن امرأته، ثم قال لأخرى: أشركْتُكِ معها، ونوى الإيلاء، صار مولياً منهما.

ولو قال: والله لا أجامعك إن شئتِ، فقالت: شئتُ، صار مولياً.

والإيلاء ينعقد في حال الغضب وغيره. ولا ينعقد بمثل قوله: إن وطئت فأنا زانٍ أو يهودي، أو نصراني، أو أنت زانية، إذ لا يتعرض بسببه للزوم[1].

الركن الثالث: المدة، وهي ما زاد على أربعة أشهر مدة مؤثرة، فلو قال: والله لا أجامعك ثلاثة أشهر، أو أربعة أشهر، لم يكن مولياً. [١٦٢/ ب] فلو أعاد اليمين في آخر الأشهر[2] / مرة أخرى، لم يكن أيضاً مولياً. فإن آلى [إلى][3] خمسة أشهر كان مولياً. وكذلك ما زاد على أربعة أشهر، فلو آلى ثمانية أشهر، فرفعته بعد أربعة أشهر فلم يفىء، فطلق عليه، ثم ارتجع. فإن انقضت بقية المدة قبل تمام العدة، كانت رجعية ثابتة.

ولو حلف ألّا يطأها خمسة أشهر، ثم حلف ألا يطأها بعد الخمسة خمسة، فبخلاف الحالف أن لا يطأها عشرة أشهر، هذا إيلاء واحد، ووقف واحد. والأول يوقف مرتين، فإن طلق عليه في الإيلاء الأوّل، ثم ارتجع، فلم تتم العدة حتى مضت أربعة أشهر من الخمسة الباقية، فعليه إيقاف ثان، وإن انقضت العدة قبل ذلك، فلا إيقاف عليه.

---

(١) س: اللزوم.

(٢) في الأصل: الشهر.

(٣) إلى: ساقطة من الأصل.

ولو قال: والله لا أطأك حتى ينزل عيسى، أو يخرج الدجال، أو يقدم فلان. وهو على مسافة يعلم تأخر قدومه عن أربعة أشهر، فهو مولٍ.

ولو قال: حتى يدخل زيد الدار، فمضت أربعة أشهر، ولم يدخل، كان لها إيقافه عند انقضائها.

ولو قال: إلى أن أموت، أو تموتي، فهو مول.

ولو قال: إلى أن يموت زيد، فهو كالتعليق بدخول زيد الدار.

الركن الرابع: المحلوف عليه، وهو الجماع. فكل يمين منعت من الجماع فهو بها مول، كقوله: لا جامعتك، أو لا اغتسلت منك، أو لا دنوت منك، ونحْو ذلك مما يتضمن ترك الجماع.

وإن أتى بلفظ يحتمل غيره، كقوله: لا وطئتك، ثم قال: أردت بقولها[1] الوطء بالرِّجْلِ، أو شبه ذلك. قيل له: إن كنت صادقاً فحقق صدقك بالوطء، فإن امتنع حُمل على الوطء وكان مولياً به.

ولو قال: لا أجامعك في الحيض أو النفاس، أو في حالة إرضاعك لولدك، فليس بمول.

(١) في الأصل: يقول.

الباب الثاني

في أحكامه

وهي أربعة:

الأول: ضرب المدة.

فإذا قال: والله لا أجامعك، أمهلناه أربعة أشهر من يوم حلِفه، فإن لم يطأ رفعته إلى القاضي إن شاءت ليأمره بالفيئة، فإن أبى وأصرَّت على المطالبة، طلق القاضي عليه. ولا تحتاج المدة إلى ضرب القاضي، بخلاف العُنّة، والإيلاء الحكمي كما تقدم فيهما. وتربّص الأمة عن الحرّ أربعة أشهر كالحرة، والتربّص على العبد[1] شهران.

وقيل: هو كالحر يترّبص عنه أربعة أشهر.

الحكم الثاني: المطالبة.

ولها ذلك إذا مضت المدة من غير قاطع، فإن رضيت لم يبطل حقها، وكان لها العوْد، بخلاف العُنَّة، بل هذا كرضاها بالمعترِض وباعتبار الزوج، فإنها ترجع إلى الطلب.

ولا مطالبة لولي الصغيرة والمجنونة، ولا يسقط حقّها منه إلا بإسقاطها، وهذا بخلاف سيد الأمة، فإن له الطلب وإن رضيت هي بتركه.

---

(١) س: عن.

ولا مطالبة للمريضة التي لا تحتمل الوقاع، ولا للرَّتْقاء، ولا للحائِض حالة الحيض.

وإن كان للرجل مانع طبيعيّ كالمرض فلها مطالبته بالفيئة بالوعد واللسان وتكفير اليمين، وإن كان شرعياً كالظهار والصوم والإحرام فلها المطالبة، وعليه أن يطلّق، إلا أن يعصي بالوطء.

[١٦٣/ أ] وقيل: لا تحصل[1] الفيئة بالوطء / المحرّم.

ولو كانت فيئته تقتضي وقوع الطلاق الثلاث عليه في التي آلى عنها كقوله: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً، فروى أكثر الرواة أنه لا يمكّن من الفيء بالوطء، إذ باقي وطئه لا يجوز.

وروي أيضاً أن السلطان يطلّق عليه حين ترافعه، ولا يضرب له أجل المولي، ولا يمكّن من الفيئة. وقاله ابن القاسم. واستحسنه سحنون.

وقال ابن القاسم أيضاً: يمكّن من الوطء. وله أن يتمادى حتَّى يُنزِل، وأحبّ إليَّ أن لا يفعل.

وقال غيره: ينزِع بعد التقاء الختانين، ولا يتعدى ذلك.

الحكم الثالث: فيما يجب على الزوج.

وهو الوطء، أو الطلاق، فإن أبي، فالقاضي يطلق عليه. فإن استَمْهَل، فإن كان لعذر ينتظر زواله، أُمْهِل، وإن لم يكن له عذر لم يُمهَلْ، فإن قال: أنا أفيءُ، لم يعجَّل عليه بالطلاق، واختُبِر مرة وثانية، فإن تبين كذبه طلق عليه.

---

(١) س: لا تصح.

الحكم الرابع: فيما به الفيئة.

وهو تغييب الحشفة في القبل إن كانت ثيّباً، والافتضاض إن كانت بكراً.

وفي كتاب الرجم: إذا جامع في الدبر حنث، وزال عنه الإيلاء، إلا أن يكون نوى القبل، فلا كفارة عليه وهو مول بحاله[1].

قال الشيخ أبو محمد: طرحه سحنون، ولم يقرأه.

ولا تحصل الفيئة بوطئِه مكرهاً.

ولو جُنّ فوطىء، لم ينحل الإيلاء بوطئه.

وإذا جُنّ الرجل، لم تنقطع المدة، ولكن لا يطالَب قبل الإفاقة، لأنه ليس امتناعه لأجل اليمين.

ولو قال الرجل: وطئت قبل انقضاء المدة، فأنكَرَتْ، فالقول قوله، كما في العُنّة، على خلاف قياس الخصومات، بكراً كانت أو ثيباً.

وحكى الشيخ أبو عمران: أن القول قولها إن كانت بكراً.

---

(١) المدونة: ٦/ ٢٥٥. كتاب الرجم: في المولي يجامع فيما دون الفرج.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الظهار

وفيه بابان:

الباب الأول
في أركانه

وهي أربعة: المظاهِر. والمظاهَر عنها. واللفظ. والمشبّه به.

الركن الأول: المظاهِر.

وهو كل مسلم عاقل بالغ. فلا يصح ظهار الذميّ. ويصح ظهار السيد عن الأمة التي يباح له وطؤها. وفي لزومه في المكاتبة إذا عجزت فعادت خلاف.

فأما السكران الطافح[1] والمراهق[2] فظهارهما كطلاقهما.

ولا يلزم المجنونَ ظهارٌ.

وفي لزوم ظهار من لا يقدر على الوطء أو لا يمكنه، وإنما يقدر على أوائله خلاف، منشؤه: هل الظهار تحريم لجملة المرأة، أو للوطء خاصة؟.

---

(١) الطافح: الذي ملأه الشراب حتى ارتفع ـ قال الأزهري: يقال للذي يشرب الخمر حتى يمتلىء سكراً: طافح (اللسان: طفح).

(٢) المراهق: ساقطة من ـ س.

الركـن الثانـي: المظاهَـر عنهـا.

وهي كل امرأة كان وطؤها جائزاً لمن ظاهر عنها، أو كانت ممن يلحقها طلاقُهُ، حرة كانت أو أمة، مسلمة أو كتابية.

الركـن الثالـث: اللـفـظ.

وهو قسمان: صريـح، وكنايـة.

فالصريح ما تضمن ذكر الظَّهْر في محْرَمٍ من النساء، كقولـه: أنت عليّ كظهر أميّ، أو أختي، أو عمّتي، أو أمي من الرضاعة أو ختنتي.

والكنايـة نوعـان:

ظاهرة، وهي ما تضمنت ذكر الظـهر في غير المحرم، أو التشبيه بالمحرم من غير ذكر الظهر، كقوله: أنت عليّ مثـل أمي، أو حرام كأمّي، أو مثل أمّي، أو كفخذها، أو بعض أعضائها.

[١٦٣/ ب] وكقوله: / أنت عليّ كظهر فلانة الأجنبية، وهي متزوجة أو غير متزوجة.

وخفية، وهي ما لا يقتضي الظهار بوجهٍ، كقوله: ادْخُلي الدار، أو اخرُجي، أو تقنَّعي، وشبهه.

فأما الصريح فظهار، فإن أراد به الطلاق لم يكن طلاقاً.

ورُوي عن ابن القاسم أنه يكون طلاقاً ثلاثاً، ولا يُنوَّى في أقل من ذلك.

وقال سحنون: ينوّى في دون الثلاث إن ادّعى أنه أراده.

وأما الكناية الظاهرة، فهي ظهار أيضاً، إلا أن يريد به التحريم، فتكون عليه حراماً، ولا يقبل قوله أنه لم يرد به شيئاً لا طلاقاً ولا ظهاراً.

وأما الكناية الخفية، فإن أراد بها الظهار لزمه، وإلّا لم يلزمه بها[1] شيء.

ولو ترك الصلة فقال: أنت كظهر أمي، فهو كما لو قال: أنت طالق، ولم يقل: مني، أما لو قال: كعين أمي أو روحها، أو كأمي، وأراد الكرامة، فليس بظهار. وإن قصد الظهار فهو ظهار.

ولو قال يدك، أو نصفك عليّ كظهر أمي، فهو ظهار.

الركن الرابع: المشبه بها.

وهي الأم، ويلحق بها كل محرمة على التأبيد بنسب أو رضاع أو صهر. ولو شبه بمحرمة لا على التأبيد، فإن ذكر الظهر، فهي الكناية الظاهرة، وقد تقدم حكمها، وإن لم يذكر الظهر، فقال أشهب: هو ظهار، إلا أن يريد به الطلاق.

وقال عبد الملك عكسه.

وقيل: ظهار وإن أريد به الطلاق.

وقيل: عكسه.

قال ابن القاسم: ولو قال: أنت عليّ كظهر ابني، أو غلامي، فهو مظاهر. وقاله أصبغ.

وقال ابن حبيب: لا يلزمه ظهار ولا طلاق، وإنه لمنكر من القول.

قال ابن القاسم: وإن قال: كابني أو كغلامي، فهو تحريم.

ويقبل الظهار التعليق، فلو قال: إذا ظاهرت عن فلانة الأجنبية، فأنت عليّ كظهر أمي، صحّ، فإذا نكح الأجنبية وظاهر عنها حنث.

---

(١) في الأصل: به.

ولو قال: إن ظاهرت عنها، وهي أجنبية، فإن أراد بذلك التعليق كقوله: إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي، حنث بوجوده.

وكذلك إن أراد مجرد وجود الصيغة، وإلا فلا تحرم.

ولو قال: أنت حرام عليّ كظهر أمي، وأراد مجرد الطلاق، أو مجرد الظهار، كان كما نوى.

وأطلق القاضي أبو محمد أنه طلاق، ولم يشترط نية.

ولو لم تكن له نية لكان ظهاراً.

ولو نواهما جميعاً، وقدم الظهار في نيته كان مظاهراً، ثم مطلّقاً، فإن عادت إلى النكاح لم يطأ حتى يكفّر.

ولو خاطب بذلك أجنبية معلّقاً لهما على وجود العصمة لزماه جميعاً، سواء قدّم في لفظه الطلاق أو الظهار.

وقال ابن القاسم: ولو قدّم الظهار لكان أبين، وهو بخلاف الزوجة، لأنه في الأولى ظاهر من مطلَّقة، ولم يرد أنه إذا تزوّجها وقع عليها ذلك، بخلاف هذه المسألة، فإنه صرّح بهذا فيها. نعم لو قال للزوجة: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، وأنت عليّ كظهر أمي، فدخلتْ الدار، لزماه جميعاً لوقوعهما معاً.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، ثم أنت عليّ كظهر أمي، لم يلزمه الظهار للترتيب بثم، بخلاف / الواو، فإنها لا ترتب، فيقعان معاً. [١٦٤/ أ]

الباب الثاني
في حكم الظهار

ولـه حكمـان:

أحدهما: تحريم الجماع والاستمتاع تحريماً ممدوداً إلى التكفير، سواء كانت الكفارة بإطعام أو بغيره.

وقال سحنون وأصبغ: يحرم الجماع فقط، ولا يحرم الاستمتاع، وإنما يُنهى عنه خوف الذريعة.

قال أبو القاسم بن محرز: والأوّل قول البغداديين. قـال: وهو مقتضى الكتاب في إلزام الظهار في الرتقاء، إذ ليس فيها إلّا التلذّذ.

وسبب الخلاف: هل الظّهار تحريم للزوجة بالكلية؟ أو إنما هو عبارة عن الركوب للوطء خاصة فلا تحرم أوائله؟.

وعلى الخلاف في ذلك ينبني تفسير العَوْد ما هو، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وإذا فرعنا على الأول، فلو ظاهر الشيخ الكبير الذي لا حراك عنده، ومن هو مقطوع الذكر، فإن الظهار يلزمه، لأنه يتعلق بما يتأتى له فعله من أنواع التلذذ.

وعلى مذهب سحنون وأصبـغ لا يكون مظاهراً.

الحكـم الثانـي: وجوب الكفـارة بالعَوْد.

والنظر في العود والكفارة.

النظر الأول: فـي بيـان العـود.

والعود هو العزم على الإمساك والوطء معاً في رواية. وهي مـذهب

الموطأ[1] واختيار القاضي أبي بكر. والعزم على الإمساك خاصة في أخرى، وعلى الوطء خاصة في ثالثة، وهي مذهب الكتاب. وفي رواية رابعة، أن العودَ الوطءُ نفسُه.

فــــروع:

الأول: لو قال: أنت عليّ كظهر أمي خمسة أشهر، لصح مؤبّداً كالطلاق.

وروي أنه يصح مؤقتاً.

ولو قال: أنت عليّ كظهر أمي بعد خمسة أشهر، تنجّز عليه الظهار كالطلاق.

وقيل: يتأجل. وفرّق بأنه تحريم يرتفع بالكفارة، فلم يكن فيه شبه بنكاح المتعة.

الثاني: لو قال لأربع نسوة: أنتنّ عليّ كظهر أمي، فلو عاد في الكلّ أجزأته كفارة واحدة، كما لو عاد في واحدة فقط. ولو ظاهر عنهن بأربع كلمات على التوالي وعاد في الجميع لزمه أربع كفارات. ولو كرر لفظ الظهار على واحدة متوالياً، كقوله: أنت عليّ كظهر أمي، أنت عليّ كظهر أمي، أنت عليّ كظهر أمي، فليس عليه إلا كفارة واحدة وإن نوى تكرار الظهار. إلا أن ينوي بذلك ثلاث كفارات، فتكون عليه ثلاث كفارات، كاليمين بالله تعالى.

قال القاضي أبو الوليد: هذا كله ما لم تلزمه الكفارة الأولى بالوطء، فلو وطىء ثم ظاهر منها مرة أخرى، ففي مختصر ابن عبد الحكم: عليه كفارة ثانية.

---

(١) الموطأ، كتاب الطلاق، باب ظهار الحرة.

فــرع:

إذا قلنا: إن تكرار الظهار بمعنى تكرار الكفارة يوجب عليه الكفارة، فهل يجب تقديم جميعها على الوطء كالأولى، أم لا؟. قولان للشيخ أبي محمد وللشيخين أبي الحسن وأبي عمران.

الثالث: إذا قال: إن لم أتزوج عليك، فأنت عليّ كظهر أمي، فإنما يصير مظاهراً عند اليأس أو العزيمة على ترك التزويج، إلا أن ينوي إلى مدة معلومة فيحنث بمضيّها.

ولو قال: إن دخلتِ الدار، فأنت عليّ كظهر أمي، ثم أعتق عن الظهار قبل الدخول لم / يجزه، كما لو قال: إن دخلت الدار فوالله لا [١٦٤/ ب] أكلمك، ثم أعتق قبله، لم يجزه.

النظر الثاني: في بيان الكفارات(١).

وهي ثلاث خصال:

الأولى: العتق، ولا يجزي في الظهار إلا ما يجزي في الصيام والأيمان من كونها كاملة غير ملفّقة، مؤمنة سليمة محررة، وتحريرها: أن يبتدىء إعتاقها من غير أن يكون مستَحَقًّا به بوجه سابق. ونعني بالسليمة السالمة من العيوب القادحة.

والعيوب ثلاثة أنواع:

الأول: ما يمنع من الكسب أو كماله، فهو قادح يَمنع الإجزاء، وهذا كالمريض المزمن، والأقطع، والأعمى، والأبكم، والمجنون، والهرِم العاجز، والمريض الذي لا يرجى برؤه.

الثاني: ما لا يمنع الكسب، ولا يشين، فليس بقادح، ولا يمنع الإجزاء، وهذا كالمرض الخفيف، والعرج الخفيف، وقطع الأنملة.

---

(١) س: الكفارة.

الثالث: ما يشين ولا يمنع الكسب، ففي منعه الإجزاء خلاف ينبني على الشهادة بأنه قادح أو غير قادح، وذلك كاصطلام الأذن، والصمم، والعَوَر، والمرض الكثير الذي لم يبلغ إلى السياق، والبرص الخفيف، والعرج البيّن، والخصاء، وقطع الأصبع.

شرح الخلاف:

أما الاصطلام، فقال في الكتاب[1]: لا يجزىء.

قال أبو الحسن اللخمي: وعلى قول أشهب يجزىء.

وأما الصمم، فقال مالك في الكتاب: لا يجزىء، وقال أشهب: يجزىء.

وأما العَوَرُ فقال مالك والمصريون: يجزىء.

وقال عبد الملك: لا يجزىء. وهو قول مالك في المبسوط.

وأما المرض الكثير: فقال محمد: يجزىء ما لم ينازع. وقاله عبد الملك.

واستقرأ أبو الحسن اللخمي من قول الغير في الكتاب: إذا كان البرص خفيفاً، ولم يكن مرضاً، أن المرض يمنع الإجزاء.

وأما البرص، فقال ابن القاسم في الكتاب[2] لا يجزىء.

وقال عبد الملك: إذا كان خفيفاً ولم يكن مرضاً أجزأ. وقاله أيضاً أشهب.

وأما العرج البيّن، ففي الكتاب[3] نفي الإجزاء.

وقال أشهب في كتاب محمد: يجزىء. ورُوي أيضاً عن مالك.

---

(١) المدونة: ٣/ ٨٣. كتاب الظهار، الكفارات بالعتق في الظهار.

(٢) المدونة: الكتاب السالف.

(٣) المدونة: الكتاب السالف.

وأما الخصاء فكرهه ابن القاسم في الكتاب[1] وقال أيضاً: لا يجزىء.

قال: ولو كان خصيّاً غير مجبوب ما أجزأ.

وقال أشهب في كتاب محمد: يجزىء. ورواه في العتبية عن مالك.

وأما قطع الأصبع، ففي الكتاب[2] لابن القاسم: لا يجزىء. وقال في غيره: يجزىء.

ويجزىء عتق الصغير وإن كان عاجزاً عن الكسب لصغره، ولكن الكبير أحب[3]. ولا يجزىء عتق الجنين.

وأما كمال الرق، فاحترزنا به عمّن فيه عقد حرية، كالمعتقة إلى أجل، والمستولدة، والمكاتبة، والمدبرة، والتي بعضها حرّ.

فإن اشترى المدبّر أو المكاتب فأعتقه عن ظهاره لم يجزه.

وقيل: بالإجزاء، بناء على قول من قال: إن من اشترى أحدهما فأعتقه مضى العتق، ولم ينقض البيع.

فإن قلنا ينقضه، فلا يجزىء عتقهما هاهنا.

ولو كانت الرقبة مشتركة بينه وبين غيره، فأعتق جميعها عن ظهاره، ففي الإجزاء قولان، المشهور عدمه.

ولو أعتق البعض وأكمل عليه الباقي، فالمنصوص أنه لا يجزيه.

ولو كان مالكاً للجميع، فأعتق البعض، لم يجزه.

---

(١) المدونة: الكتاب السالف.

(٢) المدونة: الكتاب السالف.

(٣) س: أحب إلينا.

وقيل: بالإجزاء.

[١٦٥/ أ] ولو علق عتق عبد على شرائه، ثم / اشتراه، فأعتقه عن ظهاره، لم يجزه.

ولو قال: إن اشتريته فهو حر عن ظهاري، ففي ثبوت الإجزاء ونفيه خلاف بين ابن القاسم ومحمد مبني على أن الحرية يتخيل وقوعها قبل كمال الملك أو معه، أو إنما تقع مرتبة على الملك.

ولو اشترى من يُعتق عليه، فأعتقه عن الظهار، لم يجزه.

واستثنى بعضُ المتأخرين صورة واحدة، وهي ما لو كان عليه دين، فكان للغرماء أن يمنعوهُ، فأَذِنُوا له أن يعتقه عن الظهار، قال: فإنه يجزىء، لأن المِلْك قد استقر عليه.

وأما عتق المرهون والجاني إن نفذاه فيجزىء.

وعتق نصفين من عبد واحد في دفعتين مختلف فيه، والمشهور نفي الإجزاء.

وعتق نصفي عبدين غير مجزىء.

ولو أعتق عبدين عن كفارتين، وقال: عن كل واحدة نصف من كل عبد لم يجزه.

والعبد الغائب المنقطع الخبر لا يجزىء. والعبد المغصوب يجزىء.

وأما قولنا: خالية عن شوائب العوض فأردنا به: لو أعتقه عن كفارته على أن يُردّ ديناراً، عتق لا عن الكفارة.

ولو قال لغيره: أعتق عبدك عن كفارتك، ولك عليّ ألف، لم ينصرف إلى الكفارة، وعتق.

وفي إجزاء ما أعتق عنه الغير ونفيهِ ثلاثة أقوال:

الإجزاء ونَفْيُهُ لابن القاسم وأشهب.

وفرق عبد الملك في الثالث، فقال: يجزيه مع الإذن، ولا يجزيه مع عدمه.

وقال ابن القاسم أيضاً: يجزيه ما لم يدفع إليه في ثمنه شيئاً على ذلك.

قال محمد: يريد كأنه اشتراه بشرط العتق.

ومنشأ الخلاف في القولين الأوّلين، هل استقر الملك أَوَّلاً، ثم وقع العتق بعده، أو لم يستقر الملك عليه إذا لم يتملّكه إلا على حرية؟.

وأما اعتبار الإذن، فبناء[1] على وجوب نية العتق في الكفارة، وهو المشهور من المذهب.

وقيل: لا تجب.

الخصلة الثانية: الصيام.

ولا يجوز العدول إليه، إلا لمن عجز عن العتق، فلو ملك رقبة لم يكن له الانتقال إلى الصوم مع وجودها، وإن كان محتاجاً إلى خدمتها لمرضه أو لمنصبه الذي يأبى مباشرة الأعمال، أو لغير ذلك.

ولو تظاهر من أمته وهو لا يملك غيرها، لم يجزه الصيام، وهي تجزيه نفسها إن أعتقها عن ظهاره، فإن تزوّجها حلت له.

قال أبو الحسن اللخمي: يُجزيه عتقها على القول: إن العود العزم على الإمساك، وأنه إن طلق بعد ذلك أو ماتت، لم تسقط عنه الكفارة.

قال: ويجزيه أيضاً على القول أنه إذا ابتدأ بالكفارة، والزوجة في

---

(١) في الأصل: فمبني.

العصمة، وأتمّها بعد انقضاء العدة، أنها تجزيه، وهو قول ابن نافع.

قال: ولا تجزيه على القول: إن من شرطها أن تكون بموضع يستبيح به الإصابة، لأن عِتْقَها خلافُ العزم على الإصابة. قال: فلا يجزيه العتق لهذا، ولا يجزيه الصوم، لأنه مالكٌ لرقبةٍ.

ولو ملك داراً لا فضل فيها، أو ملك من العروض أو غيرها ما يشتري بثمنه رقبة، لم ينتقل إلى الصوم.

[١٦٥/ ب] والاعتبار بوقت الأداء. وقيل: / بوقت الوجوب إن كان فيه موسراً. وقال بعض القرويين: إنما ذلك لمن وطىء فلزمته الكفارة بالعتق ليُسره، فلم يكفّر حتى أعسر فصام. فأما إن لم يطأها حتى أعسر فصام، ثم أيسر، فلا يلزمه العتق.

ثم حيث قلنا: ينتقل إلى الصوم، فلو شرع في الصوم ثم أيسر، لم يلزمه العتق، وقيل: إن كان إنما صام يوماً أو يومين، أعتق.

وقال في الكتاب: أرى أن ذلك حسن أن يرجع إلى العتق. ولست أرى ذلك بالواجب عليه، ولكنه أحبّ ما فيه إليّ.

فـــرع:

فإن أفسد هذا الصوم، فوطىء امرأته بعد أن لم يبق عليه إلا يوم واحد، وكان حينئذ واجداً للرقبة، وجب عليه عتقها، ولا يجزيه الصوم.

ومن قال: كل مملوك أملكه إلى عشر سنين حرّ، ثمّ لزمه ظهار وهو موسر، فطالبته امرأته، ففرضه الصيام. ولو لم تطالبه لما أجزأه الصوم، وصبر إلى انقضاء الأجل فأعتق.

ولو تكلف المعسر الإعتاق، جاز ذلك، وأجزأ عنه.

والعبد وإن كان يملك، فلا يصحّ منه التكفير بالإعتاق لمعنيين:

أحدهمـا: حـق السيّـد.

والثانـي: أن الولاء لا يقع له، وإن أذن السيد في العتق، وذلك يمنع وقوع العتق عنه، ولسيده منعه من الصوم إذا أضر ذلك به في خدمته، إلا أن يكون يؤدّي الخراج فقوي على عمله وصومه، فلا يمنع منه.

وقال ابن الماجشون: ليس له منعه وإن أضرّ به في الخدمة.

قال في الكتاب[1]: وأحب إليّ أن يصوم، وإن أذن له سيده في الإطعام.

قال ابن القاسم: والصيام عليه، وهو الذي فرضه الله على من قوي عليه. وليس يطعم أحدٌ يستطيع الصيام.

واعتذر أبو القاسم بن محرز عن مالك بأن مقصوده الكلام على ما إذا منعه السيد الصيام، وأباح له العتق أو الإطعام، فتوقف مالك، هل له ذلك أم لا؟، فاستحب الصيام لأجل تردّده، ولو جزم بأن السيد ليس له منعه من الصيام، لجزم بأن الواجب عليه الصيام كما قال ابن القاسم، وإنما خرج كلامه على التردد.

ومن نصفه حر ونصفه رقيق فهو كالرقيق.

وأما حكم الصوم، فهو أنه تجب فيه الكفارة ونية التتابع. وإذا مات لم يصم عنه وليّه. ويصوم شهرين بالآهلة، فإن انكسر الشهر صام أحد الشهرين بالهلال، وتمّم الكسر ثلاثين. وينقطع التتابع بوطء المظاهر ليلاً أو نهاراً، ولو في اليوم الأخير أو ليلته، ويجب الاستئناف.

والحيض لا يقطع التتابع، وكذلك المرض، ويقطعه الفطر في السفر من غير ضرورة.

وإن أفطر ساهياً أو مخطئاً، لم ينقطع تتابعه.

---

(١) المدونة: ٣/ ٦٤. كتاب الظهار، في كفارة العبد في الظهار.

وقيل: ينقطع بهما.

وقيل: ينقطع بالخطأ دون السهو.

ولا خلاف في بطلان تتابعه بالفطر متعمداً من غير عذر.

وكذلك لو ابتدأ قاصداً في وقت يعلم أن أيام الأضحى تمر به، فإن كان هذا لجهل، ففي قطع التتابع به خلاف.

ثم إذا قلنا: لا ينقطع التتابع بذلك، فإنه يفطر أيام الأضحى، ويقضيها متتابعة متصلة / بما قبلها. [١٦٦/ أ]

فـرعــان:

الأول: لو صام شعبان ورمضان لِكفارته وفريضتـه لم يجزه رمضان عن واحد منهما، ولزمه قضاء ثلاثة أشهر.

الفرع الثاني: لو جمع أربعة أشهر للصوم عن ظهارين، ثم ذكر يومين لا يدري هما من الشهرين الأولين أو من الثانيين أو منهما؟. ولا يدري هل هما مجموعان أو مفترقان؟ فإن قلنا: إن النسيان لا يضر، والتفرقة كذلك، فيأتي بيومين لا غير.

وإن قلنا: إن كلا هذين مضرّ ومبطل للصوم، فروى سحنون عن ابن القاسم: أنه يصوم يومين يصلهما بآخر صيامه، خيفة أن يكونا من الشهرين الأخيرين، ثم يأتي بشهرين قضاءاً عن الأولين.

وقال ابن سحنون عن أبيه في ذكره ليومين متتابعين: إنه يصوم يوماً وشهرين يصل ذلك بصيامه، لأن الشهرين تنوب عن ذلك، وإنما أشد ما يقدر أنه ترك يوماً من آخر الشهرين الأولين، ويوماً من أول الشهرين الأخيرين. فيأتي بيوم تداركاً للأخيرين وشهرين قضاء عن الأولين.

قال أبو محمد: يعني سحنون: أنـه لو أيقن أنهمـا من أحدى الكفارتين لم يكن عليه غير شهرين فقط.

قال أبو محمد: يظهر أن قول ابن القاسم أشبه، لأنه وإن أيقن أنهما من إحدى الكفارتين، فلا ينبغي له أن يخرج من كفارة هو فيها حتى يتمها بيقين، بأن يضيف إليها يومين، ثم يقضي الكفارة الأخرى. وكذلك إن لم يدر هل هما من إحدى الكفارتين، أو من آخر تلك وأوّل هذه، أن واحدة قد بطلت، غير أنه لا ينتقل من هذه التي هو فيها إلا بيقين من إصلاحها بيومين وذلك أكثر ما يمكن أن يكون عليه منها، كمن ذكر سجدة من إحدى ركعتين، فلا بد أن يصلح هذه التي هو فيها بسجدة، وإن كان لا بد أن يعيد الأولى، إلا شيء رواه البرقي عن أشهب، أنه قال: يأتي بركعة، ولا يصلح هذه بشيء.

الخصلة الثالثة: الإطعام.

فينتقل إليه من عجز عن الصيام عاجلاً وآجلاً، فلو غلب على ظنه القدرة في المستقبل، فقال ابن القاسم: ينتظر القدرة ولا يطعم.

وقال أشهب: يطعم ولا ينتظر.

ثم النظر في القدر والجنس.

أما القدر، فهو إطعام ستين مسكيناً، يشترط فيهم ما يشترط فيمن تصرف الزكاة إليه من المساكين، ويراعى العدد، فلا يجزيه أن يطعم المقدار لدون هذا العدد.

واختلف في مقدار ما يعطى لكل مسكين.

فروي: مدان بمدّ النبي ﷺ.

وروى ابن حبيب: مد بمده ﷺ.

وفي الكتاب[1] بمد هشام.

(١) المدونة: ٣/ ٦٨. كتاب الظهار، في الإطعام في الظهار.

ثم اختلف في مقداره.

فروى العراقيون عن معن بن عيسى، أنه مدّان بمدّ النبي ﷺ.

واستصح ذلك القاضي أبو الوليد بوجهين.

أحدهما: أن معناً مدنّي، فهو أعرف به.

والثاني: أنه ذكر أنه شاهده، قال: وهو موجود إلى اليوم، وهو كيل السراة وغيرهم من العرب.

وقال ابن حبيب: جعله هشام لفرض الزوجات وهو مد وثلث.

[١٦٦ / ب] / وقال ابن القاسم: هو مد وثلثان.

وأما الجنس، فهو جنس زكاة الفطر، ويجب فيه التمليك.

وقال ابن الماجشون: إن غَدَّاهم وعشّاهم خبزاً وإدَاماً أجزأه.

قال أبو الحسن اللخمي: فجعله ككفارة اليمين بالله تعالى.

وهل يُعتَبَر عيشُ المكفِّر أو عيش أهل بلده؟ يخرّج على ما تقدم في كفارة اليمين وزكاة الفطر من الخلاف في ذلك.

ولو أعطى لدون الستين فليحتسب بذلك العدد، ويبني عليه، وإن قدر على استرداد الزائد، فله استرداده.

ولو أعطى لأكثر من الستين. فإن أكمل لمن أعطاه أجزاه. وله استرداد ما دفع لمن زاد على الستين. وإن لم يقدر على الإكمال أتم الستين أو ابتدأ.

ولو تناهبها المساكين، فإن كانوا أكثر من الستين ابتدأ الجميع. وإن كانوا ستين فأقلّ بنى على[1] واحد وأتمّ عليه.

---

(١) س: على كل.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب اللعان

وفيه مقدمة وثلاثة أبواب:

المقدمة: فيما يبيح اللعان، ونفي النسب، فنقول: الزوج كالأجنبي في القذف، إلا في أمور:

منها: أنه قد يباح له ذلك، وقد يجب عليه لضرورة دفع النسب.

ومنها: دفع العقوبة عن نفسه باللعان.

ومنها: إيجاب عقوبة الزنى على المرأة.

قال القاضي أبو بكر: ولا يمنعه من ذلك وجدان البينة، ولفظ الآية[1] خارج مخرج الغالب، بل مخرج المعتاد، فإنه لم يُحَدَّ أحد في الإسلام ببيّنة، ولا يحد في وطء أبداً، لما أراد الله من الستر على الخلق حتى يحكم فيه بحكمه. فذلك من قول الله تعالى صفة للحال، لا شرط في الحكم.

ثم للمرأة الدفع بلعانها. ويباح للزوج القذف إذا استيقن أنها زنت في نكاحه، وإن لم يكن ثَمَّ ولد للتشفي إذا ادعى الرؤية، فإن اقتصر على مجرد القذف من غير دعوى الرؤية، فرُوي أنه يلاعن، وروي أنه لا يلاعن، ويحدّ للقذف. وعليه أكثر الرواة.

(١) آية اللعان، قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾ النور: ٦. انظر ابن العربي، أحكام القرآن: ٣/ ١٣٢٨ وما بعدها.

أما نفي الولد باللعان، فيصحّ إذا قال: لم أُصِبْها منذ كذا، لأَمَدٍ لا يلحق فيه الولد، أو لم أصبها بعدما وضعت ولداً كان قبل هذا، مما يُعلم أنه بطن ثـان، أو يقول: ليس ولـدي، أو لم تلديه، أو يجمـع بين الاستبراء والرؤية في دعواه، وتأتي به لستة أشهر فصاعداً بعد الرؤية.

ورأى أبو القاسم السيوري: أنه ليس له نفيه بذلك.

وذكر الداودي عن المغيرة مثله.

وإذا فرعنا على المشـهور فتكفي حيضة واحدة.

وقال عبد الملك: ثلاث حيض، ورواه.

فأما لو اقتصر على أحد الأمرين، الاستبراء أو الرؤية، إذا أتت به لستة أشهر فأكثر بعد الرؤية، ففي صحة النفي بذلك روايتان.

واختلف أيضاً إذا كانت حين الرؤية ظاهرة الحمل، أو لم تكن ظاهرته، وأتت به لأقل من ستة أشهر منها، هل يكتفي بادعاء الرؤية وإن لم يدّع الاستبراء أم لا؟.

وإن كان[1] يعزل عنها، لم يعوّل في النفي على العزل.

[١٦٧/ أ] ولا يجوز النفي بمجرد مشابهة الولد لغيره في الخلق / والقبح. ولو كان الأبوان في غاية البياض، والولد في غاية السواد، أو بالعكس، لم يجز النفي بذلك.

وإذا نكح المشرقي مغربية، وأتت بولد لستة أشهر، فلا حاجة إلى اللعان فإنه لا يلحقه إذ لا إمكان.

ولو أتت بالولد لزمان الإمكان، ولكن رآها تزني، وأراد اللعان دون نفي الولد فله ذلك.

---

(١) م، س: ولو كان.

البَابُ الأوّل

في أركان اللعَان

وهــي أربعــة: القذف، والأهل، واللفظ، والثمرة.

الركن الأول: القذف، وهو نسبتها إلى وطءٍ حرامٍ في القبل أو الدبر. فلو نسبها إلى زنى وهي مستكرهة فيه، التعن هو لنفي الولد، ولم تلتعن هي إذا ثبت الغصب، إذ يمكن أن يكون منه. ويشترط أن لا يطأها بعد الرؤية وأن يقول في القذف واللعان: رأيتها تزني، على إحدى الروايتين. وكذلك يقول استبرأتها في نفي الولد.

وروي أن ذلك لا يشترط فيهما.

ثم اختلفت الرواية في اشتراط ذكر الصفة على رواية اشتـراط الرؤية.

الركـن الثانـي: الملاعِن، وله شرطـان.

أحـدهمـا: أهليّة اليمين، فتصـح من كـل مكلَّفَيْن، وإن كـانـا مملوكيْن، أو فاسقيْن، أو أحدهما، ويستثنى الكافر.

غير أن الذمية تلاعن لترفع العار عنها، وينقطع النكاح بلعانها، فإن أبت فهما على الزوجية، وتُردّ إلى أهل دينها بعد العقوبة، لأجل خيانة زوجها في فراشه، وإدخالها الإلباس في نسبه.

الشرط الثاني: الزوجية، فلا لعان للأجنبي، نعم يلتحق بصحيح النكاح فاسدهُ.

قال في كتاب محمد: وكلّ نكاح يلحق فيه الولد ففيه اللعان وإن فسخ.

والطلاق الرجعي لا يمنع اللعان قبل الرجعة.

وإن قذفها ثم أبانها لاعن لدفع النسب إن كان، وإلا فيلاعن[1] لدفع الحد.

وإن قذف بعد البينونة لاعن إن كان ولدٌ، وإلا فلا، ويحدّ.

وإن قذفها في عدّتها من الطلاق البائن بالرؤية لاعن، وإن لم يكن بها حملٌ.

وقال ابن المواز وسحنون: يحدّ ولا يلاعن. وإن قذفها في النكاح بزنى قبل النكاح لم يلاعن وحُدَّ.

فـــروع:

الأول: لو لاعن ثم أبانها فقذفها بتلك الزنْية فلا حدّ ولا لعان.

وفي الكتاب[2] عن ربيعة[3]: يحدّ لها.

وإن قذفها بزنْية أخرى، فإن كانت لم تلاعن وحدّت، لم يجب الحـد لسقوط حصانتها بتلك الزنية بموجب لعانه، وإن لاعنت وجب الحـد إذْ[4] بقيت حصانتها بلعانها.

وإن كان القذف من أجنبي، فإيجاب الحدّ أوْلى، لأنّ أثر لعان الزوج لا يتعدّى إلى غيره.

---

(١) س، فليلاعن.

(٢) المدونة: ٣/ ١١٥. ما جاء في اللعان، ما جاء في الرجل يغيب ثم يقدم من سفره وقد ولدت امرأته ولداً ويكون الرجل غائباً فيقدم من سفره.

(٣) ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ التيمي، مولى آل المنكدر، أبو عبد الرحمن، المدني، المعروف بربيعة الرأي، شيخ الإمام مالك. روى عن أنس وابن المسيب وكثيرين، كان فقيهاً ثبتاً مفتياً بالمدينة. ت ١٣٦ بالأنبار (إسعاف المبطإ برجال الموطأ: ٩).

(٤) س: إذا.

الثاني: إذا قذف أجنبية، ثم نكحها وقذفها فلاعن، اندفع الحد الثاني أما الأول فيُستوفَى، لأن اللعان لا مدخل له في قذف متقدم على الزوجية، لأنه في حالة لا يلحق فيها نسب.

الثالث: لا يُنْفَى نسب ملك اليمين باللّعان، فلو اشترى زوجته، ثم ظهر بها حمل، فإن علم أنها كانت يوم الشراء حاملاً لم ينفه إلا بلعان، إلا أن يكون وطئها بعد رؤيته للحمل، فلا / ينفيه. [١٦٧/ب]

وإن لم يعلم أكانت حاملاً يوم الشراء أم لا؟ حتى ظهر الحمل، وأتت به لأقل من ستة أشهر، فالولد للنكاح، ما لم يطأها بعد الشراء.

قال الشيخ أبو محمد: قوله: لم يطأها بعد الشراء، يريد إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر.

وقد روى ابن سحنون: أنها إذا لم يطأها بعد الشراء بحيضتين قال: ولو وطئها بعد الشراء فلا ينفيه بلعان ولا بغيره، استبرأها بعد الوطء أو لم يستبرئها. إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد أن وطئها فهذا ينظر:

فإن ولدته لأقلّ من ستة أشهر فهو للنكاح، ولا ينفيه إلا بلعان، وإن ولدته لستة أشهر فأكثر، فله نفيه بغير لعان، إن ادعى استبراء بعد الوطء الذي هو بعد الشراء. وإن لم يدّع استبراء فهو منه.

قال ابن المواز: قال ابن عبد الحكم عن مالك فيمن تزوج أمة ثم لاعنها، ثم اشتراها، قال: لا تحل له أبداً.

الركن الثالث: اللفظ، والنظر في أصله ثم[1] في تغليظاته، وسنّته.

---

(١) ثم: ساقطة من س.

أما اللفظ، فأن يقول أربع مرات في الرؤية: أشهد بالله، قال محمد: يزيد: الذي لا إلّه إلا هو، لرأيتها تزني. ويصف الزنى كما يصفه شهوده.

ورُوي: ليس عليه ذلك.

وفي نفي الحمل: أشهد بالله لزنَتْ.

ولفظ ابن القاسم عند ابن المواز: ما هذا الحمل منّي.

ويقول في الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين.

والمرأة تشهد أربع مرات تقول في الرؤية: أشهد بالله ما رآني أزني.

وتقول في الحمل: ما زنيت، وأنه منه.

وتقول المغتصبة إذا التعنت في نفي الولد: أشهد بالله ما زنيت، ولا أطعتُ.

وتقول في الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

ويتعيّن لفظ الشهادة، فلا يبدّل بالحلف، ولا لفظ الغصب باللعان.

ويجب الترتيب في تأخير اللعان.

ويصح لعان الأخرس وقذفه إذا كان يعقل الإشارة، أو يفهم الكتابة.

ولو قال بعد انطلاق اللسان: لم أُرِدْ ذلك، لم يقبل.

فلو اعتقل لسان الناطق قبل اللعان، وكان ينتظر زواله على قرب أمهل.

فـــرع:

إذا بدأت المرأة باللعان، فقال ابن القاسم: لا يعاد عليها بعد لعان الزوج.

وقال أشهب: يعاد.

قال أبو القاسم ابن الكاتب: وهو أحسن.

أما التغليظ، فهو بالزمان والمكان والجمع.

أما الزمان فيلتعنان في دُبُر الصلوات.

وقال في كتاب محمد: وأيّ ساعة شاء الإمام، وعلى إثْر المكتوبة أحب إليّ.

وروى ابن وهب عن مالك أنه قال: كان عندنا بعد العصر، ولم يكن سُنَّةً، وأيّ ساعة شاء الإمام لاعن، وبعد العصر أحبّ إليّ.

قال عبد الملك: لا يكون إلا في مقطع الحقّ بإثر صلاة.

قال القاضي أبو الوليد: فكأنه جعل ذلك شرطاً كالمكان.

فأما المكان، فأشرف مواضع البلد، وذلك مقطع الحق، وفي حقّ الذمية الكنيسة والبيعة.

والحائض تؤخّر بعد لعان الزوج حتى تطهُر كالطلاق.

والمريض منهما يبعث الإمام إليه عدولاً.

وأما الجمع فهو أن تحضر جماعة لا تنقص عن أربعة.

/ ولا يصح اللعان إلا في مجلس الحاكم. [١٦٨/أ]

ثم التغليظ بالمكان واجب.

وأما كونه بعد صلاة العصر فغير واجب.

وظاهر قول عبد الملك بن الماجشون: الوجوب.

وأما سُنَّتُه، فأن يُخَوَّفا، فيقال للزوج: تُبْ إلى الله عز وجل، تُجْلد ويسقط عنك المَأْثم. ويقال للمرأة أيضاً نحو ذلك. ويقال لكل واحد منهما قبل اللعان بالغضب: اتّقِ الله، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب.

الركن الرابع: الثمرة، وهي نفي النسب، وقطع النكاح، ورفع العقوبة، ودفع عار الكذب.

ويجوز للزوج اللعان بمجرّد نفي النسب، ويجوز بمجرد إسقاط العقوبة وإن لم يكن له ولد، سواء كان حدّاً أو تعزيراً.

الباب الثاني

في فروع متفرّقة

وهـي أربعـة:

الأول: إذا قذفها بأجنبي، وذكره في اللعان، فليس على الإمام أن يُعلِمَه.

وروي أن ذلك عليه.

فإن علم المقذوف، وقام بالحدّ، فإنه يُحَدُّ له.

قال سحنون: ويسقط عنه اللعان، لتداخل حدود القذف.

وإن لم يذكر معيّناً لم يحدّ.

الثاني: إذا قذف امرأتين بكلمة واحدة، فقامت عليه إحداهما، فقال: كذبتُ عليكِ، فجُلدَ، ثم قامت الأخرى، فلا حدّ عليه للتداخل.

فلو قال بعد الحد: صدقت عليكما، حُدّ.

وكذلك لو قال للتي قامت أخيراً: صدقت عليك.

ولو قال للتي حُدَّ لَهَا: صدقتُ عليكِ، حُدّ لها ثانياً عند ابن القاسم.

وقال محمد بن المواز وغيره: لا يحدّ لها ثانياً.

الثالـث: إذا ادعت القذف فأنكر، فقامت الحجة على القذف، حُـد، إلّا أن يـدعي رؤيـة، فيلتعن، ويقبـل منـه جحـوده، بخـلاف

الأجنبي، لأنه يقول: أردت ستراً، وأنا الآن ألتعن. وغير ابن القاسم لا يقبل ذلك منه.

ولو أنشأ قذفاً آخـر فله اللعان.

ولو قامت بينة أنه أقرّ بولدٍ لاعن منه، وهو منكِر، لحق به، وحُدّ.

قال محمد: إلا أن يكون اللعان على الرؤية مع نفي الحمل، فلا حدّ عليه لأنه قد بقي لعان الرؤية.

قال أبو القاسم بن محرز: ولو كانت الزوجة الملاعنة في نفي الحمل كتابية، ثم أكذب الملاعن نفسه، واستلحق الولد، ثم قام الولد يطلُبُ الحدّ لقطع نسبه، لم يحدّ الأب بذلك إذ لم يقصد قذفه[1]، فيكون كمن صرح بقذفه أو قطع نسبه، وإنما رمى أمه، فكان في ذلك بمثابة من عرض لولده بالقذف فإنه لا يحدّ له لبعده من التهمة في ولده، فلا يقبل في حقه منه، إلا ما كان غير محتمل، كما في قتله.

ولو امتنع الزوج عن اللعان، فلما عرض للحد التعن، فله ذلك.

واختلف في المرأة هل لها أن تلتعن بعد نكولها، أم ليس لها ذلك، ويتعين الحد عليها؟، على قولين للمتأخرين:

فالأول لأبي بكر بن عبد الرحمن، وأبي علي بن خلدون، وأبي محمد اللوبي، قالوا: ولا يكون نكولها عن اللعان أشدّ من إقـرارها بالزنى، ثم ترجع عنه، فإن ذلك مقبول منها.

[١٦٨/ب] والثاني: رأي أبي القاسم بن الكاتب، وأبي عمران / الفاسي، ورأي هؤلاء أن النكول بخلاف الإقرار بالزنى، لما تعلّق[2] بالنكول من حق الآدمي، أعني الزوج.

---

(١) في س: قصده.

(٢) س: يتعلو.

الرابع: إذا قال: زنيت وأنتِ صغيرة، أو أمة، أو نصرانية. فقال ابن القاسم: يحد، ورآه تعريضاً، وإن أقام بيّنة بما تقدّم من ذلك.

وقال أشهب: إن سمّى، فقال: في رقك، أو نصرانيتكِ، أو صغركِ، فإن كان في غير مشاتمة، فلا حد عليه، وإن كان ذلك في مشاتمة حدّ، إلا أن يقيم البينة.

الباب الثالث

في جوامع أحكام اللّعان، ونفي الولد

ويتعلق بلعانه ثلاثة أحكام: سقوط الحدّ عنه. وانتفاء النسب. ووجوب حد الزنى عليها.

ويتعلق بلعانها هي أيضاً ثلاثة أحكام: سقوط الحد عنها. والفراق. وتأبيد الحرمة[1].

وقيل في هذين: إنهما يتعلقان بلعانه.

وفي حكم نفي الولد مسائل:

إحداها: أن اللعان يحتاج إليه إذا أمكن أن يكون الولد من الزوج، فإن لم يمكن، فلا لعان. وذلك إما لقصر المدة عن ستة أشهر، أو لطول المسافة بين الزوجين، أو لكون الزوج صبيّاً لا يولد لمثله، أو لكونه ممسوحاً مجبوب الذكر والانثيّين، فلا يلحقه. فأما الباقي الانثيين، فيلحقه الولد إن كان يولد لمثله في العادة.

وأما الخصيّ الباقي الذكر، فلا يلحق به الولد، إلا أن يكون ممن يولد له في العادة.

ولو أقر الزوج بالوطء بين الفخذين مع الإنزال لحقه الولد، ولا لعان له.

---

(١) س: التحريم.

وكذلك لو وطىء أمته، ثم وطىء امرأته قبل أن يبول وأكسل عنها، لزمه الولد، ولا لعان له، إذ قد يكون في إحليله فضل ماء من الأول.

الثانيـة: اللعان عن الحمل جائز في صلب النكاح.

وقال عبد الملك: إذا لاعن لنفي النسب لأجل استبرائه ولم يشاهد، فإنه لا يجب أن يلاعن وهي حامل، لجواز أن يكون ريح يَنْفَشُّ. وانفصل عن هذا في المشهور بأن الحمل قد يظهر ظهوراً يكون الغلط فيه نادراً، وقد علق الشرع عليه أحكاماً، كإيجاب النفقة، والرد بالعيب، واستدل لـه بأن العجلاني[1] لاعن عن الحمل[2] وبعد البينونة له أن يلاعن إذا ادعى رؤية الزنى في العدة، أو نَفَى حملاً يلحق به إن لم ينفه.

الثالثـة: إذا أتت بتوأمين، فنفى أحدَهما، لم ينتف، فإن نفاهما، ثم استلحق أحدهما لحقه الثاني، لأنه لا يتبعّض، ويُغَلَّب جانب الابنين.

---

(١) العجلاني قاذف زوجته هو عويمر بن الحارث بن زيد بن حارثة بن الجد. ممن شهد أحداً مع النبي ﷺ. قذفها بشريك بن سحماء. (الجامع لأحكام القرآن: ٢/ ١٨٤. أسد الغابة ٤/ ٣١٧ رقم ٤١٣٣).

(٢) كانت الملاعنة في شعبان سنة تسع من الهجرة منصرف رسول الله ﷺ من تبوك إلى المدينة، كما قال الطبري.

وروى الدارقطني عن عبد الله بن جعفر قال: حضرت رسول الله ﷺ حين لاعن بين عويمر العجلاني وامرأته، مرجع رسول الله ﷺ من غزوة تبوك وأنكر حملهَا الذي في بطنها، وقال: هو لابن السحماء، فقال له رسول الله ﷺ: «هات امرأتك فقد نزل القرآن فيكما فلاعن بينهما بعد العصر عند المنبر على خمل». (الجامع لأحكام القرآن: ١٢/ ١٨٤).

والخمل: هدب القطيفة ونحوها مما ينسج وتفضل له فضول كخمل الطنفسة.

وانظر البخاري لتفصيل ملاعنة العجلاني. الصحيح: كتاب الطلاق: باب اللعان ٦/١٧٨. ولكن لاعن الحمل: باب التلاعن في المسجد ٦/١٧٩.

ولو نفى الحمل، فأتت بتوأمين انتفيا.

وله أن ينفي أولاداً عدة بلعان واحد. وتثبت بين التوأمين المنفيين أخوّة الأب مع أخوّة الأم.

الرابعة: إذا مات الولد، فله اللعان، وإن لم يكن للولد ولد حيّ ولو نفاه، فلما مات استلحقه، قُبِل إن كان للميت ولد، فإن لم يكن له ولد، لم يُقبَل، ولم يَرِث، لأنه يُتّهم لأجل الميراث.

الخامسة: حق نفي الولد على الفور، ويسقط بالوطء بعد العلم به. ولو لم يعلم به إلا عند الوضع فنفاه، جاز. ولو ترك النفي / بعد [١٦٩/ أ] العلم بالوضع سقط حقه، ولم ينتف عنه.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العدة

والنظر في عدة الطلاق، وعدة الوفاة، والاستبراء.

[القسم الأول في عدة الطلاق]

أما عدةالطلاق ففيها بابان:

الباب الأول

في عدة الحرائر والإماء، وأصناف المعتدات، وأنواع عدد هنّ

وهنّ ثلاثة أنواع: القروء. والأشهر. والحمل.

فالحرة تعتد بثلاثة قروء إذا طلقت بعد المسيس.

وهذه العدة وإن كان المقصود الأعظم منها براءة الرحم، فإنه يكتفى فيها بسبب الشغل مع إمكانه عادة، ولا يشترط عينه، فلذلك تجب العدة بوطء الخصيّ القائم الذكر.

قال أشهب: لأنه[1] يطأ بما بقي من ذكره، وبمجرد تغييب الحشفة.

وربط الأحكام بالأسباب الظاهرة في مظان اِلْتِبَاس المعاني المقصودة هو دأب الشرع. كما علّق البلوغ بالاحتلام، والإسلام بكلمتي الشهادة.

---

(١) لأنه: سقطت من س.

أما حيث ينتفي الإمكان العادي، فلا تجب العدة، وذلك كالصغير الذي لا يولد لمثله، وإن كان يقوى على الجماع إذا دخل بامرأته، ثم صالح عنه أبوه أو وصيّه وكالمجبوب الممسوح ذكره وأنثياه. وكذلك إذا كانت المرأة لم تبلغ أن تطيق الرجل، فلا يكون وطؤها موجباً للعدة.

قال القاضي أبو محمد: لأنه إنما هو جرح وإفساد.

وقد قدمنا أن الحرة تعتد بثلاثة قروء.

فأما الأمة، فإنها تعتد بقرءين، إذ لا يتنصّف القرء الواحد فيُكمَّل. فإن عتقت قبل الطلاق فهي كالحرة الأصليّة. وإن عتقت في أثناء العدة فهي على حكم الأمة.

واعلم أن النسوة أصناف: المعتادة. والمرتابة بتأخير الحيض. والصغيرة. والآيسة.

الأول: المعتادة، وعدتها بالقروء على العادة، والقروء هي الإطهار. وإذا وقع الطلاق في طهر كان في بقية الطهر قُرْءٌ كامل، ولو كانت لحظة.

وتحلّ المطلقة الحرة المستقيمة الحال بالدّخول في الدم من الحيضة الثالثة. والأمة بالدخول في دم الحيضة الثانية إذا طلقتا في طهر.

فلو طلّقتا في حيض لم تحل المرأة حتى تدخل في دم الحيضة الرابعة من الحيضة التي طلقت فيها إن استمرت على العدة، ولم تُرتَجع، ولا الأمة حتى تدخل في دم الحيضة الثالثة من الحيضة التي طلقت فيها.

فــرع:

لو كانت عادتها أن تحيض من سنة إلى مثلها، أو إلى أكثر، أو من ستة أشهر إلى مثلها، لكانت عدتها الإقراء.

قال محمد: فإن انقضت السنة ولم يأت وقْت حيضتها انتظرت وقت حيضتها بعد تمام السنة، فإن لم تحض عند مجيئه حلّت وإن حاضت من الغد.

الصنف الثاني: المرتابة بتأخير الحيض وهي من أهله، ولها حالتان:

الأولى: أن يرتفع لغيرعارض مَعْلُومٍ ولا سبب معتاد تأثيره في رفع الحيض، وهذه تتربص تسعة أشهر غالب مدة الحمل استبراء. فإن حاضت في خلالها حسبت ما مضى قُرْءاً، ثم تنتظر القرء الثاني إلى تسعة / أشهر أيضاً، فإن حاضت احتسبت به قرءاً آخر، وكذلك في [١٦٩/ب] الثالث، فإن مضت لها تسعة أشهر ولم تحض، استأنفت الاعتداد بثلاثة أشهر، وصارت حينئذ من أهل الاعتداد بالشهور، ويكون الكل سنة. فإن حاضت قبل تمام السنة ولو بساعة استقبلت الحيض وحسبت جميع ما مضى لها من وقت الطلاق إلى وقت حيضتها قرءاً، ثم استأنفت تربص تسعة أشهر، ثم ثلاثة بعدها. وأيّ وقت مضى لها سنة لا حيض في خلالها فقد انقضت عدتها وحلت. ولا يراعى إن حاضت بعد السنة بقليل أو كثير.

الحالة الثانية: أن يرتفع الحيض المعتاد لعارض معلوم وسبب معتاد تأثيره في رفع الحيض. والأسباب المؤثرة في ذلك ثلاثة:

الأول: الرضاع، فمن تأخر حيضها بسبب الرضاع، فعليها أن تنتظر الحيض، ولا يجزيها الاعتداد بالأشهر.

قال محمد: ولم يختلف قول مالك وأصحابه في عدة المرضع أنها ليست ممن لها السنة، وعليها أن تنتظر الحيض أبداً ما أقامت ترضع، حتى ينقطع عنها الرضاع، فتستقبل ثلاث حيض، فإن لم تحض حتى تأتي عليها سنة من يوم قطعت الرضاع حلّت.

قال: لأنا قد عرفنا أن الرضاع هو الذي رفع[1] حيضتها، فعدتها الأقراء كما قال الله تعالى[2]. وإذا لم يُدْرَ بم رفعت حيضتها حكمنا فيها بما قضى به عمر رضي الله عنه، تسعة أشهر استبراء، وثلاثة عدة، وتكون بعد التسعة من اللائي يئسن من المحيض.

فــــرع:

قال محمد: فإن طلب الزوج انتزاع ولده وهو صغيرٌ يُرضَــع فراراً من أن ترثه، حُكِم له بذلك في كل طلاق يملك فيه الرجعة.

قال: وكذلك لو أراد استعجال حيضتها ليتزوج أختها، أو مثل أن يكون له أربع نســوة إذا عُلِم صدق ما قال، ولم يطلب ضرَرَ الولد، ولم يكن علق أمه.

السبب الثاني: المرض. وإذا تأخرت حيضتها لمرض، فروى ابن القاسم وغيره: تعتد بثلاثة أشهر بعد الاستبراء بتسعة.

وبه يأخذ ابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبغ وغيرهم.

وقال أشهب: عدتها الإقراء، وهي كالمرضع، وليس الرضاع بأمنع للحيض من المرض.

واختــاره محمــد.

السبب الثالث: الاستحاضة. والمستحاضة قسمان: غير مميّزة، ومميّزة. فأما غير المميزة، فتقيم سنة، تسعة أشهر استبراءاً، وثلاثة أشهر عدة كالمرتابة، لأن الاستحاضة ريبة.

وأما المميزة ففيها روايتان:

---

(١) س: قد رفع.
(٢) قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ البقرة: ٢٢٨.

إحداهما: أنها كغير المميزة.

والأخرى: أنها إذا ميّزت بين الدمين، وكان لها قرء معلوم اعتدت به.

الصنف الثالث[1]: الصغيرة والآيسة، وعدتهما بالأشهر، وتتمادى الصغيرة إلى أن تحيض، ولا مُبَالاة برؤيتها الدم في سنّ من لا تحيض، كبنت خمس وست سنين، فإن ذلك ليس بحيض.

ولو طلقت فرأت الدم بعد مضي ثلاثة أشهر فليس عليها الاستئناف. وإن كان قبل تمام الأشهر استأنفت العدة بالإقراء / [١٧٠/أ] واحتسبت بما مضى قرءاً. فإن لم يعاوِدْها الدم صارت في معنى المرتابة، تعتد بالسنة من يوم ذهبت الحيضة.

وأما الآيسة، فإذا حاضت سئل النساء عن ذلك، فإن قلن: إن مثلها تحيض، انتظرت بعدها قرءين، فإن انقطع كانت مرتابة. وإن قلن: إن مثلها لا تحيض، لم تعتدّ به، ومضت إلى تمام الثلاثة الأشهر.

ثم حيث كانت العدة بالأشهر، اعتبرت بالأهلة، فإن انكسر الشهر الأول، تمم ثلاثين من الشهر الأخير، واعتبر في الشهرين الأوسطين بالاهلّة. وإن انكسر اليوم الأول، فقال مالك: تلغيه. بعدَ أنْ كَانَ قال: تحتسب إلى مثل تلك الساعة.

ويستوي في العدة بالأشهر الإماء والحرائر، والمسلمات والكوافر، إذ لا يبرأ رحم بأقل من ذلك.

وقيل: يكتفى في الأمة بشهر ونصف.

النوع الثاني: العدة بالأشهر، وذلك في الصغيرة واليائسة، وقد ذكرناه.

---

(١) في الأصل: الصنف الثاني.

النوع الثالث: الاعتداد بوضع الحمل، ولانقضاء العدة به شرطان.

أحدهما: أن يكون الحمل ممّن تكون منه العدة، أو يحتمل أن تكون منه كالمنفي باللعان.

أما المنفيّ قطعاً كولد الزنى، أو ما تضعه المعتدة من وفاة الصبي الذي لا يولد له، أو الممسوح ذكره وأنثياه، فلا تنقضي به العدة.

ولو أتت زوجة البالغ بولد لأقل من ستة أشهر، فلا يلحق به، ولا تنقضي به العدة.

الشرط الثاني: وضع الحمل التامّ، فلا تنقضي العدة بوضع أحد التوأمين، ولا تنقضي بانفصال بعض الولد، بل بكل الجنين. ولا يعتبر كمال الخلق، ولا التخطيط، بل تنقضي العدة بإسقاط العلقة والمضغة، وكل ما يقول النساء: إنه ولد، كما في الاستيلاد، وفي الغرة.

ثم يستوي في الاعتداد بوضع الحمل جميع المعتدات من الحرائر والإماء، والمسلمات والكتابيات، وفي الأسباب الموجبة له من الطلاق والفسخ، والشبهة والموت.

فـــروع:

الأول: المرتابة بالحمل بعد الإقراء، لثقل بطنها أو لتحريك، لا تنكح حتى تنقضي أقصى مدة الحمل، وهي خمسة أعوام في الرواية المشهورة، وأربعةٌ في أخرى، ورُوي في ثالثة سبعة أعوام، وهي شاذة.

قال أشهب: لا تحل أبداً حتى تيأس.

الفرع الثاني: إذا أتت بعد العدة بولد لدون أقصى مدة الحمل، لحق الزوجَ إن لم تنكح زوجاً آخر، إلا أن ينفيَه الحيّ بلعان، ويدعي أنه استبرأ قبل طلاقه.

الفرع الثالث: إذا نكحت قبل الخمس بأربعة أشهر، فأتت بولد لخمسة أشهر من يوم نكحت، لم يلحق بأحد من الزوجين وحُدّت، وفسخ نكاح الثاني لأنه نكح حاملاً.

الفرع الرابع: إذا نكحت ثم أتت بولد لزمان يحتمل كونه من الزوجين ألحق بالثاني، وإن كانت وضعته بعد حيضة من العدة، إلا أن ينفيَه باللعان، فيلحق بالزوج الأول، ولا يلزمها لعان، لأنه نفاه إلى فراش، فَإِنْ نفاه الأول ولاعن أيضاً، لاعنت وانتفى منهما جميعاً. ثم من / استلحقه منهما لحق به، ويحدّ الملاعن آخراً إن استلحقه. [١٧٠/ ب]

وإن كانت وضعته قبل حيضة، فهو للأول إلا أن ينفيه باللعان، فيلحق بالثاني، ولا تلاعن هي، فإن نفاه الثاني أيضاً ولاعن لاعنت، وانتفى منهما جميعاً. ثم من استلحقه منهما بعد ذلك لحق به ويحد إن كان هو الملاعن آخراً.

قال أبو إسحاق التونسي: وقيل من استلحقه منهما حدّ. ثم استحسنه وعلله بأن لعانها لهما جميعاً.

الباب الثاني
في تداخل العدّتين

والعدتان المتفقتان بالقروء أو بالأشهر تتداخلان إما من شخص واحد وذلك بأن يطأها الزوج في العدة، فيكفيها ثلاثة قروء من وقت الوطء. وكذلك في الأشهر. وإما من شخصين وذلك بأن يتزوج المرأة في عدتها، فيفرق بينهما فإن ثلاث حيضات تجزيها من الزوجين جميعاً من يوم فارقها الأخير..

وعند الشيخ أبي القاسم تتمّ عدّتها من الأوّل، ثم تستأنف العدة من الآخر.

وتتداخل العدتان أيضاً[1] وإن اختلفتا، إذا كانت إحداهما بالحمل، فتندرج فيها الأخرى، وتنقضي العدتان بالوضع، وتمتد الرجعة إليه إن كان من الأوّل.

وروي اندراجها تحتها وإن كان من الثاني، وضّعفها محمد.

وإذا فرّعنا على عدم الاندراج، فإنها تتمّ ثلاث حيض للأوّل.

ونقل الشيخ أبو محمد في نوادره: إنها تأتنف ثلاثَ حيض.

قال عبد الحق: ولا تصح هذه العبارة، قال: ولفظها في الأمهات لم يكن بدّ من بقية الثلاث حيض.

(١) التفريع: ٢/ ١١٩. كتاب الطلاق وما جانسه، باب الانتقال في العدة والبناء على ما مضى منها واستئنافها.

فــروع:

الأوّل: فيمن قدم من سفر، فزعم أنه كان طلق زوجته من سنة، فإن لم يكن إلا قوله، لم يقبل، واستأنفت العدة من يوم أقرّ، وإن مات ورثته، وإن ماتت لم يرثها، وإن حاضت ثلاث حيض من اليوم الذي قال: إنه طلقها فيه، فلا رجعة له. وإن أقر بالبتّة لم يصدق في العدة، وإن مات لم يتوارثا. وإن شهد شاهدان أنه كان طلقها كانت العدة من يوم طلق، ليس من يوم بلغها.

الفرع الثاني: قال في كتاب محمد، فيمن خالع زوجته، ثم نكحها في العدة، ثم طلقها قبل أن يمس: إنها تبني على عدتها الأولى.

وأما إن طلقها طلاقاً رجعياً، ثم ارتجعها في العدة، ثم طلق قبل أن يمس، فإنها تأتنف العدة، لأن الرجعة هدمت العدة.

قال القاضي أبو الحسن: إلا أن يريد برجعته التطويل عليها، فإنها تبني على عدتها الأولى.

الفرع الثالث: من أعتق أمته، أو أمّ ولده في عدة وفاة أو طلاق، حلّت بتمامها، ولو لمْ يبق منها إلا يوم واحد.

ولو أعتقهما بعد خروجهما من العدة، فأمّ الولد تأتنف حيضة، والأمة تحل مكانها، وحدوث العتق في العدة لا ينقلها إلى عدة الحرة، وحدوث الموت في طلاق الرجعة خاصة يوجب الانتقال إلى عدة الوفاة، ويهدم العدة من الطلاق كما تهدمها الرجعة.

القسم الثاني من الكتاب، في عدة الوفاة، وحكم السكنى

وفيه بابان:

الباب الأول

في موجب العدة، وقدرها، وكيفيتها / [١٧١/ أ]

وفيه فصول:

الفصل الأول

في الموجب والقدر

فنقول: المتوفى عنها زوجها عليها عدة الوفاة، مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها، صغيرة أو كبيرة، حرة أو أمة، مؤمنة أو كافرة.

فإن كانت حاملاً فمهما وضعت حلّت، ولو في ساعة، ويحلّ لها غسل الزوج بعد العدة، وبعد نكاح زوج آخر.

وإن كانت حائلاً، فتعتد الحرة بأربعة أشهر وعشرة أيام.

وروي في الحرة الذمية أنها تستبرىء بثلاث حيض فحسب.

ويشترط على هذه الرواية كونها مدخولاً بها، وإلا فلا عدة عليها.

وأما الأمة، فعدتها شهران وخمس ليال.

ولا خفاء بأن المعتدّة تحل بمضي الشهور إذا حاضت في أثنائها، واختلف إذا لم تحض.

فأما الحرة فقال ابن الماجشون: تحل.

وروى أشهب أنّها لا بد لها من حيضة، كانت أيام طهرها أقلّ من مثل العدة أو أكثر.

وروى مطرف: أنها إن كانت أيام طهرها دون أيام العدة فهي مسترابة، ولا تتزوج حتى تتمّ تسعة أشهر، إلا أن تحيض قبل ذلك، وإن كانت فوق أيام العدة فلا شيء عليها، لأنها لم تسترب بانقطاع دم. وقاله أيضاً أشهب.

وأمّا الأمة فقال ابن القاسم في العتبية: تحلّ وإن كانت شابة يخشى منها الحمل.

وفي إحدى الروايتين عن مالك أنّها تكمل ثلاثة أشهر، ولا تحلّ بدونها.

وقال في كتاب محمد: إن كانت ممن يخشى منها الحمل فثلاثة أشهر، وإن كانت صغيرة، أو يائسة، أو لم يدخل بها، فشهران وخمس ليال على النصف.

قال أبو الحسن اللخمي: وهو أحسنها.

فرعان:

الأول: ومن طلق إحدى امرأتيه، فمات قبل البيان، فعلى إحداهما عدة الطلاق، وعلى الأخرى عدة الوفاة، فعلى كل واحدة منهما أقصى الأجلين إن كنّ من ذوات الإقراء للاحتياط، وإن كنّ حوامل فيكفي الوضع، أو من ذوات الأشهر فتكفي أربعة أشهر وعشر.

الفرع الثاني: من مات عن نسوة مِنهن مَن نكاحها فاسد، فمن تحقق صحة نكاحها منهن، فحكمها ظاهر، ومن تحقق فساد نكاحها، فعليها ثلاثة قروء[1] إن كان دخل بها، ومن أشكل أمرها فعليها أقصى الأجلين.

---

(١) في هامش س: ثلاثة قروء، رأيت في شرح القلشاني على الرسالة ثلاثة حيض.

الفصـــل الثانـي

فـي المفقـود زوجهـا

ومن اندرس خبر زوجها قبل دخوله بها أو بعده. فإن ترك النفقة فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم، فيضرب لها أجل أربع سنين للحرّ، وسنتين للعبد، ومن يوم يعجز عن معرفة خبره بعد البحث عنه، ثم تعتدّ عدة الوفاة، وعليها فيها الإحداد على ما يأتي بيانه.

وقال ابن الماجشون: لا تحد امرأة المفقـود لأنه ليس بموت، وإنما هو طلاق. واستصحه القاضي أبو بكر. ثم تنكح، فإن جاء في الأجل أو في العدة أو بعدها، وقبل أن تتزوج فهي امرأته، وإن جاء بعد أن تزوجت، فإن كان الثاني دخل بها، فهي له دون الأول. ثم إن كان الأول لم يدخل بها، ففي رجوعه عليها بنصف الصداق روايتان، وإن جاء قبل دخول الثاني فقال مالك مرة: عقد الثاني عليها فوْتٌ، وبه قال المغيرة وغيره / من الأصحاب. ثم رجع وقال: الأول أحق بها ما لم [١٧١/ ب] يدخل بها الثاني. وبه قال ابن القاسم وأشهب.

قال الأصحاب: فيتبين بالدخول وقوع الطلاق على المفقود.

فـــرع:

لو طلقها الثاني بعد دخوله بها، وقد كان الأول طلقها تطليقتين قبل أن يتزوجها الثاني لحلّت للأول، وهو قول مالك في المبسوط. وقاله أشهب في السليمانية.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: لا تحل بذلك.

قال أبو الحسن اللخمي: والأول أحسن، لأن دخول الثاني يبيّن أنه قد وقع على الأول طلقة من وقت ابتدأت العدة، ولو كانت الطلقة

إنما تقع بدخول الثاني، كان نكاح الثاني نكاحاً فاسداً، ويفرق بينه وبينها.

فـروع:

الأول: إذا كان له نساء، فرفعت إحداهنّ أمره إلى الحاكم وأَبَى سائرهنّ، فضرب للقائمة الأجل بعد البحث، فقال يحيـى بن عمـر: بلغني أن ابن القاسم سئل عنها. فتفكر ثم قال: أرى ضرب الأجل للمرأة الواحدة ضرباً لجميعهن، فإذا انقضى الأجل، تزوجن إن أحببن.

الفرع الثاني: في النفقة. وتستمر النفقة عليها من ماله في مدة الأجل دون العدة.

وأما ولده فتستمر النفقة عليهم حتى يعمّر أو يثبت موته.

الفرع الثالث: وهو مرتَّب. إذا أنفق عليها في الأجل، ثم جاء أنه كان مات قبل ذلك، ردّت ما أخذت من النفقة بعد وفاته، وكذلك الولد يردون ما أُنفِق عليهم بعد وفاته أيضاً.

والأسير بخلاف المفقود، لا يُضرب لامرأته أجل، بل تبقى إلى أن ينكشف خبره.

ولو تنصّر الأسير، ولم يُعلَم أذلك منه طوع أو كره، كما لو علم أنه طوع، فيفرّق بينه وبين زوجته، ويوقف ماله، فإن مات على ذلك كان للمسلمين، وإن أسلم كان له.

وإن ظهر أنه تنصر مكرهاً بقيت في عصمته، وينفق عليها من ماله.

والمفقود في المعترك بين المسلمين ليس فيـه أجل، بـل تعتد زوجته من يوم التقاء الصفين.

وروي أيضاً: تتربّص زوجته سنة، ثم تعتدّ.

وروي أن العدة داخلة في السنة.

وقال في العتبية: فيما قرب من الديار يتلوّم الإمام لزوجته باجتهاده بعد انصراف من انصرف، وانهزام من انهزم، ثم تعتد وتتزوج. وفيما بعُد مثل إفريقية ونحوها، ينتظر سنة.

وقال في كتاب محمد: فيما بَعُد هو على حكم المفقود، تتربص أربع سنين.

قال أصبغ: يضرب لامرأته بقدر ما يستقصى أمره، ويستبرأ خبره، وليس لذلك حد معلوم.

التفريـــع:

إن قلنا بالقول الأول، قسم ماله حينئذ، وإن قلنا: تتربص أربع سنين، أوقفنا ماله إلى التعمير كالأول.

واختلف القائلون بأن زوجته تتربص سنة، هل يقسم ماله حينئذ، أو يوقف إلى التعمير؟ على قولين.

وأما من فقد في المعترك بين المسلمين والكفار، فروي أنه كالأسير، وروي أن زوجته تتربص سنة من يوم ينظر السلطان في أمره، ثم تعتد.

وفي كتاب محمد: إنه كفقيد أرض الإسلام، ينتظر أربع سنين.

الفصل الثالث
في الإحداد

/ ويجب الإحداد في عدة الوفاة دون عدة الطلاق. [١٧٢/ أ]

وقد تقدم الخلاف في إحداد زوجة المفقود.

ويجب على الحرائر والإماء، وعلى الكتابية تحت المسلم.

وقال ابن نافع: ليس على الكتابية إحداد.

قال أبو القاسم بن محرز: والإحداد هو ترك الزينة المعتادة في الخلوات للأزواج، فتترك التزيّن بلبس المصبوغ للزينة دون الأسود والأدكن والكحلي. وصبغه قبل النسج كصبغه بعده. ويجوز لها لبس الأبيض، ولو من الإبريسم. ولا تلبس رقيق عصْب اليمن، ووُسِّع في غليظه. ولا تلبس خَزّاً. قال في المختصر: إلا الأبيض منه، أو الأسود.

قال ابن القاسم: ولا ما صبغ من ثياب أو جباب، حريراً كان أو صوفاً، وإن كان أخضر أو أدكن، إلا أن لا تجد غيره، وتكون بموضع لا تجد استبدالاً، فإن وجدت بدلاً ببيع فليس ذلك لها.

ولا يجوز لها التحلي، فلا تلبس قرْطاً ولا خاتماً ولا خلخالاً ولا سواراً، ولا خاتم حديد، ولا خرص ذهب أو فضة.

ولا تمس طيباً، ولا تدّهن بزنبق[1] أو بنفسج أو بخيريّ، وتدهن بالشيرج[2] والزيت، ولا تمشط بدهن مربّب، ولا حنّاء، ولا كَتَم، ولا ما يختمر، وتتمشط بالسّدر[3] وشبهه مما لا يختمر في رأسها.

وقال أشهب: ولا تدخل الحمام، ولا تطلي جسدها، ولها أن تستحد[4] ولا تكتحل إلا لسبب يحوج إليه ليلاً، وتمسحه نهاراً.

وقال ابن عبد الحكم: لا تكتحل، وإن كان من ضرورة.

وعليها ملازمة المسكن، فإن تركت جميع ذلك عصت، وانقضت العدة.

---

(١) الزنبق: زهر يجعل في الشيرج ونحوه، يعمل منه دهن. (خياط: معجم المصطلحات العلمية: ٢٩٨).

(٢) الشيرج والسيرج: دهن السمسم. (المرجع نفسه: ٣٧١).

(٣) السدر: من الفصيلة النبقية، وتسمى ثمرته: الدوم. (المرجع نفسه: ٣١١).

(٤) الاستحداد: استفعال من الحديدة، يعني الاستحلاق بها ـ ومعنى تستحد المرأة: تحلق عانتها. (اللسان: حدد).

الباب الثاني

في السكنى

والنظر في أمور:

الأول: فيمن تستحق السكنى.

وتستحقه المعتدة عن طلاق، بائنة كانت أو رجعية، حاملاً أو حائلاً.

وأما المتوفى عنها زوجها ففيها تفصيل يأتي في الباب إن شاء الله تعالى.

وتستحق أيضاً المعتدة عن الفسخ، فحيث يجب كمال الصداق يجب السكنى، والصغيرة في ذلك كالكبيرة.

وإنما تجب ملازمة مسكن النكاح، فلو طلّقت بعد الانتقال لازمت المنتقل إليه، إلا أن يقصد بالانتقال إخراجها من مسكنها، حتى لا تعتد فيه، فقد قال في كتاب محمد فيمن اكترى منزلاً وانتقل إليه، فلما سكنه طلق زوجته، قال: ترجع إلى المسكن الذي كانت فيه.

قال أبو الحسن اللخمي: محمله على التهمة.

ولو أذن لها في سفر، وطلق قبل مفارقة عمران البلد، لم يكن لها الانصراف.

ولو خرج بها إلى الحج فمات، فإنها ترجع من مثل اليومين والثلاثة ما لم تُبعِد أو تُحرم فتنفُذ.

قال محمد: بخلاف غير الحج، فإنها ترجع فيه، وإن أبعدت إذا وجدت ثقة، وكان يبقى لها بعد الرجوع بقية.

هذا إن كان السفر لغير الانتقال، فإن كان له، فتعتدّ في أقربهما،

أعني ما فارقته وما أمّتْه. وإن شاءت مكان الموت إذا أمكنها، فذلك لها، لأنها لما فارقت قرارها لم تتعوّض عنه بعد، فأيّ مكان شاءت جعلته قرارها، إلا أنها تتوخى القريب منها.

[١٧٢/ب] وتلتزم البدوية مسكنها، ولا تفارق إلا / إذا رحل أهلها، ولا يمكنها المقام بعدهم، لِمَا يلحقها من الضرر بمفارقتهم، ولا تنتقل مع أهل زوجها إذا أقام أهلها.

وتجوز مفارقة المسكن ليلاً بعذر ظاهر، كعورة منزل أو غيره، مما لا يمكنها المقام معه.

ولها أن تخرج في حوائجها نهاراً، أو طرفي الليل.

النظر الثاني: فيما يجب على الزوج.

وعليه أن لا يخرجها من ملكه، وكذلك في عدة الوفاة هي أيضاً أحق من الورثة والغرماء بمنافع مسكنها إذا كانت مملوكة له، ويستوي في ذلك اختصاصها بالملك إذا أدّى كراءها مع تبعيّتها لملك الرقبة، فإن لم يكن أدّى الكراء ففي الكتاب[١]: لا سكنى لها في مال الميت، وإن كان موسراً.

وروى محمد عن مالك: الكراء لازم للميّت في ماله، ولا تكون الزوجة أحق بذلك، وتحاصّ الورثة في السكنى، وللورثة إخراجها، إلا أن تحب أن تسكن في حصتها، وتؤدي كراء حصتهم. وإن نقد بعض الكراء سكنت في حصة ما نقد بأسره، وكان الحكم فيما لم ينقد كما ذكرنا. وإن شاء الورثة أن يكروا منها حيث يكون لهم إخراجها، لزمها المقام، وكذلك صاحب الدار.

---

(١) المدونة: كتاب العدة وطلاق السنة، باب في ما جاء في نفقة المتوفى عنها زوجها وسكناها: ٢/ ٤٧٥.

قال في الكتاب[1]: وإذا كانت في دار بكراء، ولم يكن نقد الكراء، ورضي أهل الدار بالكراء، فليس لها أن تخرج من الدار إلا أن يكروها كراء لا يشبه كراء ذلك المسكن، فلها أن تخرج إذا أخرجها أهل ذلك المسكن.

وروي أنه إن أكراها سنة بعينها، فهي أحق بها وإن لم ينقد، وإنما يشترط النقد إذا كان قد أكرى كل سنة بكذا، ولم يسمّ مدة معينة.

وهذه الرواية هي اختيار أبي محمد عبد الحق.

وذكر عن بعض القرويين أنه حمل ما في الكتاب عليها، ورأى أن القياس التسوية بين ما نقد كراؤه، وما لم ينقد، إذا كان العقد في الإجارة على مدة معينة واستشهد بقوله في الكتاب: إلا أن يكروها كراء لا يشبه كراء ذلك المسكن.

ولا يجوز للزوج بيع الدار، إلا أن تكون عدتها بالأشهر، فيشترط نهايتها، لأن آخر القرء والحمل مجهول.

وإن توقع طريان حيض ذات الأشهر، ففي جواز البيع إلى البراءة خلاف.

والحكم في بيع دار المتوفى، واشتراط السكنى لزوجته الجواز، إذ عدتها بالأشهر.

وقال محمد بن عبد الحكم: البيع فاسد لأنها قد ترتاب، فتطول العدة.

فـــرع:

فإن وقع البيع فيها بهذا الشرط فارتابت، فقال مالك في كتاب محمد: هي أحق بالمقام حتى تنقضي الريبة، وأحب إلينا أن يكون للمشتري الخيار في فسخ البيع وإمضائه، ولا يرجع بشيء لأنه دخل

---

(١) المدونة: الكتاب نفسه، والباب نفسه.

على العدة المعتادة، ولو وقع البيع فيه بشرط زوال الريبة كان فاسداً.

وقال سحنون: لا حجة للمشتري وإن تمادت الريبة إلى خمس سنين، لأنه دخل على العدة، والعدة قد تكون خمس سنين. ونحو هذا رواه أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية.

قال القاضي أبو الوليد: هذا عندي على قول من يرى للمبتاع الخيار. وأما على قول من يُلزمه ذلك، فلا تأثير للشرط.

وإن كان المنزل مستعاراً أو مستأجراً، فعلى الزوج الإبدال عند رجوع المُعير في الوقت الجائز له، وانتهاء مدة الإجارة. وإن كان حُبُساً / [١٧٣/ أ] عليه حياته، كان لها السكنى في عدتها وإن تأخرت حتى تنقضي الريبة ولو إلى خمس سنين، لأن العدّة من أسباب أمر الميت.

ولو كانت سنين معلومة أسكنَه إياها، فانقضت قبل تمام عدتها، لكان له إخراجها بخلاف الصورة الأولى.

وأما امرأة الأمير المعتدة، فلا يخرجها الأمير القادم حتى تنقضي عدتها.

وكذلك من حبّست عليه دار، ثم على آخر بعده كإمام مسجد ونحوه.

وقال أبو محمد عبد الحق: رأيت في وثائق ابن العطار[1]: وليست زوجة إمام المسجد الساكنة في دار المسجد بمنزلة المنزل المحبّس على المتوفى حياته، لأن الأجرة هي كراء، فهي تخرج من الدار بعد وفاة زوجها إن أحب أهل المسجد.

---

(١) محمد بن أحمد بن عبد الله، المعروف بابن العطار الأندلسي، أبو عبد الله، فقيه عارف بالشروط متفنن في العلوم الإسلامية، وكتابه الوثائق أملاه في الشروط وعول عليه الناس في فنه. ت ٣٩٩. (الديباج: ٢/ ٢٣١ـ الشجرة: ١٠١).

القسم الثالث من الكتاب، في الاستبراء

وفيـه فصـلان:

الفصـل الأول
فـي قـدر الاسـتبراء وحكمـه

أما قدره، فهو قرء واحد. وللمستبرأة ثلاث حالات.

إحداها: أن تكون من ذوات الأَقراء، فأستبراؤها بقرء واحد، وهو الحيض على المشهور من المذهب، فـإن بيعت الأمة في آخـر أيام حيضـها لم يكن ما بقي من حيضتها استبراء لها من غير خلاف، وإن بيعت وهي في أول حيضتها فالمشهور من المذهب أن ذلك لا يكون استبراء لها.

وذكر الشيخ أبو إسحاق في زاهيه[1] قولين: أحدهما ما قدمناه.

والآخر أنه لا يجزىء. ثم قال: وبه أقول.

قال الإمام أبو عبد الله: وهذه إشارة إلى أن الاستبراء إنما يعتدّ فيه بالطهر، فلا بد أن يحصل فيها شيء من زمن الطهر عند المشتري وهي في ملكه.

وإذا فرعنا على المشهور، فقال محمد: المعتبر في ذلك أن لا يكون الذاهب من زمن الحيض مقدار حيضة يصح بها الاستبراء.

---

(١) كتاب الزاهي لأبي إسحاق بن شعبان.

ثم حيث قلنا: يحصل الاستبراء بالحيضة الواحدة، فذلك إذا كانت جارية على الأمر المعتاد في زمنها وصفتها.

واختلفَتْ رواية عيسى ويحيى عن ابن القاسم إذا كانت تحيض من ستة أشهر إلى مثلها، هل تكفيها ثلاثة أشهر، أم لا يبرئها إلا الحيضة؟.

فإن شذّت عن غالب عادة النسوان في زمنها بالقصر، فذهب عبد الملك بن الماجشون وسحنون إلى أنها لا تحتسب في العدة والاستبراء، بأقل من خمسة أيام.

وذهب محمد بن مسلمة إلى أن أقل ما تحتسب به ثلاثة أيام.

قال الإمام أبو عبد الله: والمشهور عن مالك رحمه الله نفي التحديد وإسناد الحكم في هذا إلى ما يقول النساء أنه يكون حيضة فيهن.

قال: وفي الكتاب[1] إذا حاضت يوماً أو بعض يوم، أن النساء يسألن عن ذلك، هل يكون هذا عندهن حيضة أم لا؟.

وفي كتاب محمد: أنه سئل مالك عمّن حاضت يوماً أو يومين؟ فقال: تسأل النساء عن هذا.

ولا تكون حيضة بيومين، وقد أشار ابن القاسم في كتاب محمد إلى أن هذا الاختلاف في الاعتداد بهذا الأمر القريب إنما يتصور فيمن لم تكن عادتها قبل ذلك أكثر مما حدث الآن في هذه الحيضة القليلة، لا فيمن لها عادة قبل ذلك.

وإن شذت الحيضة في زمنها بالطول، كالمستحاضة، انتقلت

---

(١) المدونة: ٣/ ١٢٥. كتاب الاستبراء، باب في استبراء الأمة تباع فتحيض عند البائع قبل أن يقبضها المبتاع.

عدتها إلى الأشهر، فتعتد بثلاثة أشهر، إلا أن/ تشك فترفع بها إلى [١٧٣/ ب] تسعة أشهر قال: وهذه والتي رفعتها حيضتها سواء.

وتدخل في ذلك المريضة والمرضع بتأخّر حيضتهما.

واختلفت الرواية إذا ميّزت المستحاضة حيضتها المعتادة في اعتدادها بها، وإن لم تختلف الرواية أنها تمنع من الصلاة والصوم.

فروى ابن القاسم أنها تعتد بها، وتنتقل عن الأشهر.

وروى ابن وهب، أنها لا تعتد بها، ولا تنتقل عن حُكم استبرائها بالأشهر الثلاثة.

وقال في كتاب محمد: تستبرأ بتسعة أشهر.

قال أبو الحسن اللخمي: والأول أصوب.

قال: فإن استبرأت بحس بطن، لم تبرأ بثلاثة أشهر قولاً واحداً، وانتظرت أمد الوضع، وهو تسعة أشهر، إلا أن تذهب الريبة قبل ذلك، أو يتحقق الحمل فتنتظر الوضع.

الحالة الثانية للمُسْتَبْرَأة: أن تكون من ذوات الأشهر، فتعتد بثلاثة أشهر، وذلك فيمن لا تحيض لصغر أو لكبر على ما يأتي تفصيله.

الحالة الثالثة للمستبرأة: أن تكون حاملاً، فأستبراؤها بوضع الحمل.

فروع متتالية:

إذا باع أمة وهي في عدة من طلاق فاستبرأت، فإذا مضت سنة من يوم الطلاق وليوم الشراء ثلاثة أشهر حلت.

ومن ابتاع ذات زوج، فطلقت قبل البناء، فلا بد من الحيضة.

وقال سحنون: يطأها مكانه[1].

ومن ابتاع زوجته قبل البناء أو بعده، لم يستبرئها.

وإن ابتاعها بعد البناء ثم باعها بعد أن وطىء، فلتستبرأ للمبتاع بحيضة، لأن وطأه فسخ لعدتها منه.

ولو باعها قبل الوطء، هاهنا لم تحل إلا بحيضتين، لأنها عدة فسخ النكاح.

وكذلك لو طلقها بعد البناء واحدة، ثم ابتاعها في العدة، ثم باعها ولم يطأها فحيضتان من يوم طلاقه لحلها.

وإن باعها بعد حيضة، لم تحلّ إلا بحيضة ثانية.

ولو باعها بعد انقضاءالعدة، فاستبراؤها حيضة، كان الطلاق واحدة أو ثلاثاً.

وقال غير ابن القاسم في كتاب ابن عبدوس، في التي باعها زوجها بعد أن اشتراها وقد كان بنى بها ولم يطأها بعد الشراء: إنها لا تحلّ إلا بحيضتين.

وإذا اشترى مكاتب زوجته بعد البناء، ثم لم يطأها حتى مات أو عجز فعلى السيّد فيها حيضتان من يوم الشراء.

قال: وكان مالك يقول: حيضة، ثم رجع إلى هذا، وهذا أحب إليّ، لأنها معتدة كمن باع معتدة من طلاق.

قال الشيخ أبو محمد: يريد أنها قولةٌ لمالك في كل من اشترى زوجته من حرّ أو عبد، ثم باعها أو أعتقها، ثم رجع عنه إلى حيضتين، ذكر ذلك في المختصر الكبير، وكتاب محمد.

---

(١) س: مكانها.

ولو عجز بعد ما مضى لها حيضتان، أو مات، لم ينبغ للسيد أن يطأها حتى تحيض حيضة، وإن كان المكاتب قد قال: لم أطأها بعدهما.

وإن هي خرجت حرة، ولم يكن المكاتب وطئها بعد الشراء، نكحت مكانها، لأنها خرجت من ملك إلى حرية، يريد عَتَقت بعد حيضتين.

وأما حكم الاستبراء، فهو منع جميع وجوه الاستمتاع.

وقال ابن حبيب: لا يحرم منها إذا كانت حاملاً من زنى، أو كانت مَسبيّة إلا الوطء خاصة.

الفصل الثاني
في أسباب الاستبراء

والمتفق عليه منها حصول / الملك أو زواله. [١٧٤/أ]

واختلف في الاستبراء بسبب سوء الظن، وسيأتي بيانه.

الأول: حصول الملك على أمة لا يعلم مالكها براءة رحمها ولا بطنها، فيجب فيها الاستبراء.

وجميع أسباب الملك في ذلك سواء، الإرث والهبة والصدقة والوصية والبيع والفسخ والإقالة والغنيمة، وغير ذلك. ولا يسقطه كون الانتقال إليه من امرأة أو صبي.

وقيل: يسقط فيهما، ويجب في البكر.

ورواه أبو الحسن اللخمي مستحبّاً على جهة الاحتياط.

ويجب في الصغيرة إذا كانت ممن قارب سنّ الحمل، كبنت ثلاث عشرة أو [بنت][1] أربع عشرة.

(١) بنت: سقطت من الأصل.

وفي إيجاب الاستبراء إذا كانت ممن تطيق الوطء، ويحمل مثلها، كبنت تسع وعشر روايتان: أثبته في رواية ابن القاسم، ونفاه في رواية ابن عبد الحكم.

وإن كانت ممن لا تطيق الوطء، فلا استبراء فيها.

ويجب الاستبراء فيمن جاوزت سنّ الحيض ولم تبلغ سنّ اليائسة، مثل ابنة الأربعين والخمسين سنة.

فأما التي أسنت وقعدت عن الحيض ويئست منه، فهل يجب فيها الاستبراء أو لا يجب؟، روايتان لابن القاسم وابن عبد الحكم.

ولا يجزىء الاستبراء قبل البيع، إلا في حالات، منها:

أن تكون تحت يده للاستبراء أو بالوديعة، فتحيض عنده، ثم يشتريها[1] حينئذ أو بعد أيام. وهي لا تخرج، ولا يدخل عليها سيّدها.

ومنها أن يشتريها ممن هو ساكن معه من زوجته أو ولد له صغير في عِياله وقد حاضت، فابن القاسم يقول: إن كانت لا تخرج أجزأه ذلك.

وقال أشهب: إن كانت معه في داره وهو الذابّ عنها والناظر في أمرها أجزأه كانت تخرج أو لا تخرج.

ومنها إذا كان سيدها غائباً، فحين قدم اشتراها قبل أن تخرج، أو خرجت وهي حائِض، فاشتراها منه قبل أن تطهر.

ومنها، الشريك، يشتري نصيب شريكه من الجارية، وهي تحت يد المشتري منهما، وقد حاضت في يده.

ولو باع الأمة بشرط الخيار، فعادت إليه بالفسخ، فلا يجب الاستبراء عليه لأن ملكه باق عليها، وضمانها منه، نعم، يستحب إن غاب عليها المشتري وكان الخيار له.

(١) في الأصل: يستبريها.

وقال القاضي أبو الفرج: القياس وجوب الاستبراء إذا غاب عليها المشتري. واستحسنه أبو الحسن اللخمي.

والفروع في هذا الفصل كثيرة وتتبّعها يطول، والإيجاز أوْلى، وقد عقد الإمام أبو عبد الله عقداً جامعاً لمواقع الاستبراء وفاقاً وخلافاً، فلنحل عليه وهذا نصه:

والقول الجامع في ذلك أن كل أمة أُمِنَ عليها الحمل، فلا يلزم فيها الاستبراء. وكل من غلب على الظن كونها حاملاً، أو شك في حملها، وتُرُدِّدَ فيه، فالاستبراء لازم فيها. وكل من غلب على الظن براءة رحمها، لكنه مع الظن الغالب يجوز حصوله، فإن المذهب على قولين في ثبوت الاستبراء وسقوطه.

ثم خرّج على ذلك الفروع المختلف فيها، كاستبراء الصغيرة التي تطيق الوطء، أو اليائسة، قال: لأنه يمكن فيها على الندور، أو لحماية الذريعة، لئلا يدعى في موضع / الإمكان أن لا إمكان. [١٧٤/ ب]

وكاستبراء الأمة خوفاً أن تكون زنت وهو المعبّر عنه بالاستبراء لسوء الظنّ. وفيه قولان. والنفي لأشهب.

وكاستبراء الوخش[١] لأن الغالب عدم وطء السادات لهنّ، وإن كان يقع في النادر.

وكاستبراء من باعها مجبوب، أو امرأة أو ذو محرم، فالمشهور إثباته.

وحكى القاضي أبو الفرج رواية سقوطه، لأنه يرجع إلى سوء الظن.

وكاستبراء المكاتبة إذا كانت تتصرف، ثم عجزت، فرجعت إلى سيّدها، فابن القاسم يثبت الاستبراء، وأشهب ينفيه، وهو مبني على سوء الظن.

---

(١) يقال: وخُش الشيء وخاشة ووخوشة أي رذل وصار رديئاً. والوخش: رذالة الناس وصغارهم، يكون للواحد والاثنين والجمع والمؤنث بلفظ واحد. (اللسان: وخش). والمراد هنا: المرأة التي لا يرغب فيها الرجال عادة.

السبب الثاني: زوال الملك.

والأمة الموطوءة مستولدة كانت أو غير مستولدة، فهي في حكم المستفرشة فإذا عَتَقت، إما بالإعتاق، وإما بموت السيّد، فعليها التربص بحيضة واحدة.

ومن أراد تزويج الجارية الموطوءة، فعليه الاستبراء بحيضة واحدة قبل التزويج. فإن عقد قبل الاستبراء وقد وطئها كان فاسداً، وفسخ قبل الدخول وبعده، لوقوع العقد في حالة يحرم الاستمتاع بها لحقّ الغير.

ولو استبرأها ثم أعتقها حلّت مكانها للزوج من غير تربّص.

ولو استبرأها ثم مات عنها، لم ينتفع بذلك الاستبراء من تصير إليه، ولا بدّ من حيضة.

وأم الولد إذا أعتقها أو مات عنها، فلا بد من استبرائها بحيضة، كان السيد قد استبرأها، أو لم يكن.

وإذا زوج السيّد أمته قُبِل قولُه في براءة رحمها، وجاز للزوج الإقدام على وطئها. وينزل قوله فيها في حق الزوج منزلة قول الحرة في نفسها، ويؤتمن فيها كما تؤتمن الحرة في نفسها.

لكن لو اشترى أمة فلم يستبرئْها، وأراد تزويجها، فهل يجوز للزوج الاعتماد على قوله: إنه لم يطأها، وعلى قول البائع: إنها برئة الرحم، كما كان يصدق قبْل عقد البيع أم لا؟ في ذلك قولان.

والمستولدة المزوَّجة إذا مات سيّدها وزوجها جميعاً، فإن مات السيد أوَّلاً فعليها لوفاة الزوج عدّة الحرائر، وإن مات الزوج أوّلاً فعليها عدة الإماء، وبعد ذلك عليها التربص للسيد بحيضة. فإن ماتا وجُهِل الأوّل منهما، فعليها أقصى الأجلَيْن أربعة أشهر وعشر، ولا حيضة عليها، إلا أن يكون بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال، ولا يُعلم أيهما مات قبل صاحبه، فيكون عليها أربعة أشهر وعشر وحيضة.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الرَّضَاعِ

وفيه أربعة أبواب:

البَابُ الأوَّل

في أركانه

وهي ثلاثة:

الأول: المرضعة، وهي المرأة، فلا حكم لِلَبَن البهيمة، ولا للبن الرجل. وحكى الشيخ أبو إسحاق رواية بكراهة نكاح من أرضعه الذكور.

ويحرم لبن الميتة.

وقال الشيخ أبو إسحاق: المص عن ثدي الميتة[1] يحرّم، وفحله أبوه.

وقد قيل: لا يحرّم، ولا فحل له.

ويحرّم لبن البكر واليائسة من الحيض، وغير الموطوءة، والصبية.

وقيل: ما لم ينقص سنّ الصبية عن سنّ من توطأ.

الركن الثاني: في اللبن، والمعتبر وصول عينه، سواء كان صِرفاً أو مخلوطاً بمائع، ما لم يصر مغلوباً / فلا يُعتَبَر. [١٧٥/ أ]

---

(١) في الأصل: المرأة.

وروي عن عبد الملك بن الماجشون ومطرّف أنه يعتبر.

وسواء في إيصاله الرضاع والوَجور[1].

وهذا إذا كان ما يخرج من الثدي لبناً، فلو كان ماء أصفر أو غيره ممّا ليس بغذاء، ولا يغني عن الطعام، فلا يحرّم، قاله ابن القاسم في كتاب ابن سحنون.

الركن الثالث: المحلّ، وهو جوف الصبيّ المحتاج للرضاع. فلا أثر للإيصال إلى جوف الكبير، أعني بعد الحولين بمدة بعيدة، فإن كان بمدة قريبة، والطفل مستمرّ الرضاع حرم.

وفي تحديد المدة القريبة خلاف، قال في المختصر: إلا أن يكون بعد الحولين بأيام يسيرة.

وقال في الحاوي: مثل نقصان الشهور. وإليه ذهب سحنون.

وقال القاضي أبو الحسن: واستحسن مالك أن يحرم ما بعدهما إلى الشهر.

وقال في الكتاب: إنما ينظر إلى الحولين والشهر والشهرين بعد الحولين[2].

وروى الوليد بن مسلم في مختصر ما ليس في المختصر، أنه يحرم إلى ثلاثة أشهر.

ولا أثر للإيصال إلى جوف المستغني، فلو ارتضع في الحولين بعد استغنائه بالغذاء عن اللبن، لم تنتشر الحرمة، إلا أن يكون زمن الرضاع قريباً من زمن الاستغناء، فيكون حكمه حكمه.

---

(١) وجرت الصبي الدواء وأَوْجرته، أُوجِرُه. والدواء وَجُور يُوجَر في أي فمٍ كان.

(٢) المدونة: ٢/ ٤٠٧. كتاب الرضاع، في رضاع الكبير.

وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ في كتاب ابن حبيب: تنتشر ما دام في الحولين.

وأمَّا الحقنة والسَّعوط، وما يدخل من غير منفذ الطعام من المنافذ، ففيه خلاف، يرجع إلى أنه يحرم إذا تُحِقّق وصوله إلى المعدة.

وليس من شرط تحريم الرضاع العدد، بل تحرم المصّة الواحدة بظاهر القرآن[1].

---

(١) قال تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ النساء: ٢٣.



الباب الثاني

فيمن يحرم من الرضاع

ويحرم بالرضاع أصول وفروع.

فالأصــول ثلاثــة:

المرضعة وهي الأم. وزوجها وهو الأب. والمرتضِع وهو الولد. ومنهم تنتشر الحرمة إلى الأطراف.

ثم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

بيانه، أنه إذا حرمت المرضعة على الرضيع، حرم عليه أمهاتها نسباً ورضاعاً، فإنهن جدات، وأخواتها نسباً ورضاعاً، فإنهن خالات، وأولادها من الجهتين إخوة. وكذلك أولاد الإخوة. وكذلك أولاد الرضيع أحفاد المرضعة.

ولا تحرم المرضعة على أبي المرتِضع، ولا على أخيه. وكذلك زوج المرضعة أبو المرتضع وأبوه جده، وأخوه عم، وولده أخ، وعلى هذا القياس.

ولا يعتبر أن يكون اللبن من وطءٍ حلالٍ على أشهر الروايتين.

والقول الضابط في ذلك أن كل وطء يلحق فيه الولد، ويدرأ الحدّ، فالحرمة تنتشر به، وإن كان الحد واجباً، والولد غير لاحق فلا تنتشر.

وحيث لا يلحق ولد، ولا يجب حدّ، فهل تنتشر الحرمة أم لا؟. روايتان الأخيرة منهما: أنها تنتشر. وهذا كله في حق الواطىء.

أما المرضعة، فهي أمُّهُ على كل حال.

ولو وُطِئت المنكوحة بالشّبهة، وأتت بولد يحتمل أن يكون منهما فأرضعت صغيرة، فهي ولد من يثبت له نسبُ الولد.

وقال محمد: تحرم عليهما.

[١٧٥/ ب] ولو كان لبن المطلقة دارًّا، فرضيعها ابن المُطَلِّق ولو بعد / عشر سنين إلى أن ينقطع لبنها، ثم يحدث لها لبن آخر، فإذ ذاك ينقطع نسبه عنه.

وقيل: ينقطع بوطء زوج ثان، وإن دام لبن الأوّل.

وإذا فرعنا على الأول فولدت، أو حملت، فقيل: ينقطع بالحمل.

وفي مختصر الوقار: بالولادة ينقطع حكم الأول.

وفي كتاب محمد: لا ينقطع إلا بانقطاعه.

ثم حيث لم نحكم بانقطاعه، فالولد لهما.

البَابُ الثَالِثُ

في الرضَاع القَاطع للنّكاح، وَحكم الصّدَاق

ويشتمل على أصليـــن:

أحدهما: فـي حكـم الصـداق.

والثاني: في التفاف المصاهرة بالرضاع.

الأول: في حكم الصداق. وإذا كانت تحته صغيرتان، فأرضعتهما أُمُّهُ أو أختـه حَرُمتا. ولو أرضعتهما أجنبية حَرُم عليه الجمع بينهما لأنهما أُختان، ولا يجب عليه صداق لهما على المشهور.

أما إذا كان تحته صغيرة وكبيرة، فأرضعت أمُّ الكبيرة الصغيرةَ حتى صارتا أختين، حرم الجمع بينهما، فيفارق إحـداهما، ولا يكـون لها صداق.

وقيل: يكون لها نصف الصداق.

وقيـل: ربعـــه.

وهو كالخلاف في حكم الكافر يُسْلِم على أختين.

ثم لا غرم على المرضعة وإن تعدّت على المنصوص.

واستقرأ أبو الحسن اللخمي إيجاب ما استُحِقّ من الصداق على من تعمّد الإرضاع.

ولو نامت، فدبت إليها الصغيرة فارتضعت، انتشرت الحرمة بذلك ولا غرم، قولاً واحداً.

الأصل الثاني: في التفاف المصاهرة بالرضاع.

فمن نكح رضيعة حرم عليه مرضعتها، لأنها أم زوجته.

كذلك لو أبان صغيرة، حرم عليه من أرضعها بعد طلاقه، ولا نظر إلى التاريخ في ذلك.

ولو نكحت المطلقة صغيراً وأرضعته بلبان الزوج، حرمت المرضعة على المطلّق، لأنها صارت زوجة الرضيع، وهو ابن المطلق. وكذلك المستولدة.

ولو نكح زيد كبيرة، وعمرو صغيرة، ثم نكح كل واحد منهما زوجة صاحبه، فأرضعت الكبيرة الصغيرة، حرمت الكبيرة عليهما، لأنها أم الصغيرة التي كانت زوجتَهما، وأما الصغيرة فَرَبِيبَتُه، فينظر إلى الكبيرة أمدخول بها أم لا؟.

فــروع:

الأول: إذا كانت تحته كبيرة وصغيرة، فأرضعتْهَا الكبيرة بلبانه، حرمتا أبداً، لأن الكبيرة أم زوجة، والصغيرة بنت. فإن كان بلبان غيره لم تصِرْ الصغيرة بنتاً، بل ربيبةً، فإن كانت الكبيرة مدخولاً بها حرمتا عليه، الكبيرة لكونها من أمهات نسائه، والرضيعة لأنها ربيبة مدخول بأمها، وإن كانت غير مدخول بها حرمت الكبيرة لكونها من أمهات نسائه، ولم تحرم الصغيرة بكونها ربيبة إذ لم يدخل بأمها.

الثاني: لو كان مع الكبيرة ثلاث صغائر، فأَوْجَرَتْهنّ لبَنَها المحلوب في دِفعة، وكان اللبن لغيره، فإن كانت الكبرى مدخولاً بها، حرم الجميع على التأبيد، إذْ الكبرى من أمهات نسائه، والأصاغر من الربائب

المدخول بأمّهن، وإن كانت / غير مدخول بها حرمت، وحرم الجمع بين [١٧٦/أ] الأصاغر للأخوّة بينهن، فيختار منهن من شاء واحدة فقط.

ولو كان اللبن له، لحرّمْن على التأبيد، دخل بها أم لم يدخل.

الثالث: تحته كبيرة، وثلاث صغائر، وللكبيرة ثلاث بنات، أرضعت كل واحدة صغيرة، صارت الكبيرة جدة الصغائر، وحرمت على التأبيد.

وأما الصغائر فيصرْن ربائب، فيحرُمن على التأبيد إن كان ذلك بعد الدخول بالكبيرة.

البَابُ الرَّابِع

فِي النِّزَاعِ وَالنَّظَرِ فِي الدَّعْوَى وَالشَّهَادَة

والنظر في الدعوى والشهادة.

أما الدعوى، فإن توافقا على الرضاع، أعني الزوجين، اندفع النكاح ولا مهر، إلا أن يكون دخل بها.

وإن ادّعى الزوج وأنكرت، اندفع النكاح ولا صداق، إن كان ذلك سُمع منه قبل العقد، وإن كان إنما سُمِع منه بعد العقد، فعليه جميع الصداق إن كان بعد الدخول، وإن كان قبله فنصفه.

وإذا ادعت هي وأنكر الزوج، لم يندفع النكاح، إلا أن يُشهَد بسماع ذلك منها قبل العقد، أو يصدقها، ولا تقدم على طلب المهر، إلا أن يكون دخل بها.

وإقرار أبوي الزوجين قبل النكاح كإقرارهما، ويفسخ النكاح بجميع ذلك.

قال ابن حبيب: اجتمع على هذا مالك وأصحابه.

قال: فأما بعد النكاح، فلا يقبل، إلا أن يتنزه عنها، إلا في قول الزوج وحده، فإنه يُقرّ على نفسه.

وأما الشهادة، فتثبت بقول شاهدين، وتمنع من النكاح ابتداءً، ويُفرَّق بين الزوجين إذا تناكحا. فإن شهدت امرأتان، وفشا ذلك من قولهما كان كالأول، فإن لم يفش من قولهما، لم يستقلّ بذلك الحكم، كما يستقلّ بالشاهدين.

وقال ابن حبيب: ذهب مطرف وابن الماجشون وابن نافع وابن وهب إلى أنه يستقلّ بشهادة امرأتين، أو الرجل والمرأة الواحدة إذا قاموا حين علموا بالنكاح، ولم تأت عليهم حال يُتَّهَمون فيها.

وقاله أصبغ، وعليه جماعة الناس.

وإن شهدت واحدة، فإن لم يفش من قولها لم تنتشر الحرمة، وإن فشا، فهل تنتشر أم لا؟ فيه خلاف.

ثم حيث قلنا: لا تنتشر الحرمة بالشهادة، فإنه يستحب التنزه، ولو في شهادة المرأة الواحدة وإن لم يفش ذلك من قولها.

واختلف أيضاً في أن أم أحد الزوجين كالأجنبية، أو أرفع منها، فتقع التفرقة بقولها لنفي التهمة، وأن ذلك إنما يعلم من قولها.

وكذلك أبو الزوجة أو الزوج، هل هو كالأجنبي، إذا لم يتوَلَّ العقد أم لا؟ فإن كان هو متولِّيه، كان كالزوج أو الزوجة. وإذا أخبر ثم تولّاه فسخ، فإن لم يفسخ حتى كبر الولد وصار الحكم إليه، فهل يفسخ نظراً إلى توليه أوْ لَا يفسخ، ويكون شاهداً نظراً إلى الحال؟ فيه خلاف.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب النفقات

وأسبابها ثلاثة: النكاح. والقرابة، والملك.

السّبَب الأول: النِّكاح

وهو موجب بشروط: التمكين. وبلوغ الزوح. وإطاقة الزوجة للوطء.

/ ولا يشترط في الزوجة البلوغ. [١٧٦/ ب]

وقيل: يلزمه الدخول والنفقة وإن لم يحتلم إذا بلغ الوطءَ.

ثمّ في تفصيل أحكام نفقة المنكوحة ثلاثة أبواب:

الباب الأوّل
في قدر النفقة وكيفيّتها

وفيه فصلان:

الفصل الأول
في واجبات النفقة

وهي ستة:

الأول: الطعام. وهو يختلف بحسب اختلاف أحوال الأزواج والزوجات، واختلاف البلاد.

قال مالك رحمه الله: والاعتبار في النفقات بقدر حال المرأة وحال الزوج في يسر أو إعسار، ولها من النفقة ما يكفيها.

قال ابن القاسم: رب رجل ضعيف وسعرٍ غال، فيكون الوسط من الشبع على قدر حال الوقت والزوجين، وقد قال مالك: المُدُّ. وقدّر غيرُه من أصحابه مُدًّا وثلثاً.

وقال ابن القاسم: يُفرَض لها في الشهر ويبتان ونصف إلى ثلاث ويبات، وفي ويبتين ونصف مكفاة.

قال ابن حبيب: وفي الويبة اثنان وعشرون مدّاً بمدّ النبي ﷺ.

قال ابن حبيب: وأرى قفيزاً بالقرطبي وسطاً عندنا في الشهر، وفيه أربعة وأربعون مدّاً.

قال محمد في قول ابن القاسم: ليس هذا في كلّ إنسان ولا كلّ وقت، رب رجل ضعيف وسعر غال، فيكون ويبتان عليه اجتهاداً.

قال: ومد مروان الذي قال مالك: هو عندي وسط من الشبع في الأمصار، هو مد وثلث، وهو قدر ويبتين في الشهر، بالويبة الليثيَّة، وإنَّ مدّاً بمدّ النبي ﷺ بالمدينة لوسط من عيشهم.

قال المتأخرون من القرويين: وإنما تكلم ابن القاسم على نفقة أهل مصر. وتكلم مالك رحمه الله على حكم أهل المدينة، فيكون اختلافهم راجعاً إلى اختلاف الأحوال، لا أنّه اختلاف أقوال.

وكذلك تختلف الحال [في الجنس](١)، فيفرض لها من البُرّ أو الشعير أو الذرة أو التمر أو نحو ذلك من الأقوات ما يشبه عيش الزوجين في العادة في وقتهم ذلك وبلدهم.

وقد روى أشهب في العتبية وكتاب محمد: إذا أراد أن يطعمها

(١) في الجنس: سقطت من الأصل.

الشعير فأبت، فإن كان الناس قد أكلوه، فذلك له، فأما إن كان القمح كثيراً يؤكل وهو شيء واحد، فذلك عليه.

الواجب الثاني: الأَدَم، وهو ما يشبههما أيضاً، ويفرض لها الزيت والخلّ للأكل، والوقود والحطب واللحم في بعض الأيام، ولا يفرض عليه في كل ليلة، ولكن المرة بعد المرة، ويفرض الماء للشرب والغسل.

قال محمد: ويجمع ذلك كله ثمناً، ويدفع مع القمح.

قال: ولا يفرض السمن ولا العسل ولا الحالوم(1).

قال عبد الملك: ولا القطيبة(2) ولا ما أشبه هذا من سائر الأُدُم ولا فاكهة خضراء ولا يابسة.

قال محمد: ولكن الخل والزيت وما لا غنى لها عنه بقدر الرجل والمرأة، ولمشط رأسها ودهنه، وسراجها، وهذا للموسر والمعسر، إلا أن الموسر يزاد عليه بقدرها من قدره، وإذا كان العسر البيّن، فلا أقلّ مما تعيش به.

وقد يختلف ذلك، ويكون الرجل يعمل بيديه في قلّة / كسبه، [177/ أ] فيُفرض عليه بمصر ويبتان قمحاً في الشهر، مع حق طحين وخبيز ودريهمات لزيت وماء وحطب. والطبخة بعد الطبخة، وما لا بدّ منه.

وقال في موضع آخر: وما يكون لطحين وخبيز وماء، ودهنها، وحناء رأسها ومشطها.

قيل لمالك: فإن قالت: لا يكفيني ما فرض لي وهي ترضع قال: ليس المرضع كغيرها، وليفرض لها ما تقوى به على رضاعها.

---

(1) الحالوم: لبن يخلط فيصير شبيهاً بالجبن الرطب وليس بجبن.

(2) القطيبة: ألبان الإبل والغنم يخلطان.

الواجب الثالث: نفقة الخادم لمن يقتضي منصبُها الخدمةَ. فإذا كانت المرأة ذات قدر وشرف في نفسها وصداقها، والزوج ملِيّ، فليس عليها من خدمة بيتها شيء، لا غزل ولا نسج ولا طحين ولا طبخ ولا كنس ولا غيره، وعليه أن يُخدِمَها.

فإن كانت إلى الضعة ما هي في نفسها وصداقها، وليس فيه ما يُشترَى به خادم، فليس على الزوج أن يُخدِمَها، وعليها الخدمة الباطنة من عجين، وطبخ وكنس وفرش واستسقاء ماء إذا كان الماء معها، وعمل البيت كلّه. وإن كان زوجها ملياً، إلا أنه في الحال مثلُها أو أشفُّ، ما لم يكن من أشراف الناس الذين لا يمتهنون نساءهم في الخدمة، وإن كنّ دونهم في القدر.

وأما الغزل والنسج، فليس له ذلك عليها بحال، إلا أن تطوّع.

وإذا كان معسراً، فليس عليه إخدامها وإن كانت ذات قدر وشرف، وعليها الخدمة الباطنة، كما هي على الدّنيّة.

قال ابن خويز بنداذ: على المرأة أن تخدم خدمة مثلها، فإن كانت ذات قدر ومنزلة، فخدمتها الأمر والنهي في مصالح المنزل، وإن كانت دنيّة، فعليها أن تضمّ البيت، وتفرش الفراش، وتطبخ القدر، وإن كانت عادة البلد أن يستقي النساء الماء فعليها.

فــــروع:

الأول: حيث أوجبنا الخدمة على الزوج فلا يجب عليه شراء خادم وتمليكها، ولكن يجب عليه أن يأتيها بخادم تخدمها. وإن أحب أن يستأجر لها من يخدمها من الحرائر كان ذلك له، ثم للخادم ما يقوم بأَوَدها ممّا يليق بمثلها.

الفرع الثاني: لو أراد أن يُبدل خادمتَها المألوفة لم يكن له ذلك، ولزمه الإنفاق عليها، إلا أن تظهر ريبة.

الفرع الثالث: لو كان هو وهي بحيث يخدمهما خادمان فأكثر فروى سحنون عن ابن القاسم: يفرض لها نفقة خادم واحدة.

وروى أصبغ عنه أنه قال: يؤدّي الرجل زكاة الفطر عن خادمين من خدم امرأته إذا كان لها غنى وشرف.

قال أصبغ: وذلك عندي حسن، لأن مثل هذه لا تكفي لخدمتها خادم واحدة، ولو ارتفع قدرها جداً، مثل بنت السلطان العظيم، لرأيت أن يُزاد في عدد الخدم إلى الأربع والخمس، ويلزم الزوج الإنفاق عليهنّ، وإخراج زكاة الفطر عنهن.

قال محمد بن أبي زمنين: قال لنا إسحاق بن إبراهيم[1]: إنما يكون ما قال أصبغ إذا طَالبهَا بما تكثر به الخدمة في نفسها وبيتها وزينتها وملوكيتها ويحملها على ذلك ويرغبه منها، وأما إذا لم يرغب ذلك منها، وكان منزعه بنفسه / إلى القصد، وعُرف منه، لم يلزمه إلا خادم واحدة. [١٧٧/ ب]

الفرع الرابع: حيث قلنا: لا يلزمه إلا خادم واحدة، إما تفريعاً على القول الأول، وإما لأنها ممن لا تستحق أكثر من الواحدة، فللزوج أن يخرج سائر خدمها سوى من تستحقّه منهنّ، إذ ليس عليه سكناهنّ.

وليس للزوج منع أبوي المرأة وولدها من غيره أن يدخلوا إليها. وإن حلف على ذلك أحنث.

ولا ينبغي له أن يمنعها من الخروج إلى أبوَيْها في لوازم الحقوق، لكن إن حلف على ذلك لم يحنث.

قال عبد الملك: ولو كان لها خادم لكانت مخيّرة في استخدامها ومطالبته بنفقتها، أو مطالبته بخادمة.

---

(١) إسحاق بن إبراهيم بن مسرة التجيبي، مولاهم، أبو إبراهيم. طليطلي الأصل وسكن قرطبة لطلب العلم ثم استوطنها. كان خيّراً فاضلاً مجتهداً حافظاً لمذهب مالك وأصحابه. توفي حوالى ٣٥٢. (جذوة المقتبس: ١٥٨ـ الديباج: ١/ ٢٩٦).

قال عبد الملك: وإن كان للمرأة ولد صغير أو أولاد صغار، فَرَضَ لها السلطان لهم نفقتهم، وما يُصلِح مثلَهم، ويضمّ ذلك لهم مع نفقة أمّهم، فكانت واحدة، إلا أن يكون مضرّاً بالزوج لقلة ذات يده، فلا يضمون معها في النفقة. وينفق على ولده على قدر طاقته، لأن الرجل إذا لم يجد ما ينفق على ولده لم يكلف لهم شيئاً، وكانوا من فقراء المسلمين.

الواجب الرابع: الكسوة. وهي ما يناسب حاله وحالها في العادة، هذا هو المعتبر، إلا أنّا ننقل بعض ألفاظ الأصحاب للتأنّس بها.

قال بعضهم: وذلك قميص ووقاية[1] وقناع، وهي من الجودة والرداءة على قدرهما. قال: ويزاد في الشتاء ما يدفع البرد.

قال ابن القاسم: عليه ما يَصلُح للشتاء والصيف من قميص وجبّة وخمار ومقنعة، والوسادة والسبنية[2] والإزار وشبه ذلك مما لا غنى عنه. قال: ولا بدّ مع ذلك من الغطاء والوطاء، وذلك ملحفة وفراش ووسادة، ويزاد في الشتاء ما يدفع البرد.

قال ابن القاسم: والسّرير في الوقت الذي يحتاج إليه لخوف العقارب وشبهها.

قال ابن حبيب: أو براغيث أو فأر.

قال ابن القاسم: وإن كان مثلها تلبس القطن، ومثلُه يَقْدِر عليه، فُرِضَ عليه.

قال أشهب: ومنهنّ لو كساها الصوف أنْصَفَ، وأخرى لو كساها الصوف أدِّب، وذلك على قدر أقدارهن.

---

(١) الوقاية، بكسر الواو: الخرقة التي تلف المرأة شعر رأسها فيها وتقيه من الغبار والشعث. (تقييد أبي الحسن على تهذيب المدونة: ١/ ٢٦ ب).

(٢) السبنية: ضرب من الثياب.

ونص مالك على أنه لا يلزمه الحرير، وإن كان متّسع الحال.

وأجراه ابن القاسم على ظاهره.

وتأوّله القاضي أبو الحسن على أن ذلك بالمدينة، وهم أهل قناعة، وألزْمه في غيرها إذا كان العادةَ.

قال بعض المتأخرين: وأَصْلُ هذا كله أنّ كلّ ما هو ضروري أو محتاج إليه فإنه يفرض، وما ليس بضروري ولا حاجة تدعو إليه، وهو زيادة في معنى السرف فلا يفرض.

وكل ما يختص به الأملياء، وهو من التوسّع الذي يكاد يكون في حقهم محتاجاً إليه، ففيه قولان.

قال: وهذا ينبغي أن يكون خلافاً في حال.

وقال عبد الملك بن الماجشون: إن كانت الزوجة حديثة عهد بدخولها عليه، وكانت شورتها التي شُوِّرت بها من صداقها عندها، فليس عليه لها ذلك، لا في ملبس / ولا في غطاء، ولا في وطاء، بل له عليها [١٧٨/ أ] الاستمتاع بذلك معها، لا كلام لها فيه. ولهذا يُصْدِق الرجال نساءهم ما أصدقوهنّ.

قال: وإن كان العهد قد طال بهما حتى خلقت الشورة وذهبت، أو كانت ممّن لم يكن لها في صداقها ما تتشَوّر به لقلّة ذلك، فعليه لها كسوتها للشتاء والصيف مما لا غنى للنساء عنه في ليلهنّ ونهارهنّ وشتائهنّ وصيفهنّ على أقدارهنّ وأقدار أزواجهنّ.

قال: ونرى أنّ الوسط مما يفرض للمرأة من ذلك على زوجها فراش تنام عليه، ومِرْفَقَة تضع عليها رأسها، وإزار تستشعره، ولحاف تلتحفه، ولِبد تفترشه على فراشها في الشتاء، وسرير يكون عليه فراشها.

وقال ابن حبيب: إن كان بموضع لا غنى عنه لعقارب أو حيات أو براغيث أو فأر. وإلا فلا سرير عليه.

قال عبد الملك: وعليه من اللباس قميص تستشعره، وفرْوٌ على القميص لشتائها من لباس مثلها، وقميص يُوَارِي الفرو، وخمار ومقنعة وخفّان. ثم يجدد ذلك لها متى خلق شيء منه، ولم يكن فيه منتفع، والدهن لرأسها.

قال: وأمّا سوى ذلك من الكحل والحنّاء والصباغ، فليس عليه من ذلك شيء وإنما هو عليها إن أحبته.

الواجب الخامس: آلـة التنظّف.

قال ابن المواز: عليه حناء رأسها.

وقال ابن حبيب: عليه دهن رأسها، ويسير حنّاء ومُشطٌ وكحْل.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم: ليس عليه نضوحٌ[1] ولا صباغ ولا المشط ولا المكحلة.

وروى يحيى عن ابن وهب: ليس عليه الطيب ولا الزعفران، ولا خِضاب اليدين والرجلين.

قال القاضي أبو الوليد: معنى ذلك عندي أنه ليس عليه من زينتها إلا ما تَسْتَضِرّ بتركها إياه، كالكحل الذي يضرّ تركُه ببَصَر من يعتاده، والمَشط بالحنّاء، والدهن لمن اعتاد ذلك، لأن ترك ذلك لمن اعتاده يُفسد[2] الشعر.

قال: والذي نَفَى ابن القاسم إنما هي[3] المُكْحلة، ولم ينف الكحلَ نفسَه، فتضمّن القولان أن الكحل يلزمه دون المكحلة.

---

(١) النضوح: نوع من الطيب (ترتيب القاموس المحيط: نضح).

(٢) س: ينسر، ويبدو أن الصواب: ينسل.

(٣) س: هو.

قال: وعلى هذا يلزمه ما يُمشَط من الدهن والحناء دون الآلة التي يمشط بها.

ولا تستحق الدواء للمرض، ولا أجرة الحجامة، وعليه أجرة القابلة عند أصبغ مطلقاً، ووافقه ابن المواز إذا كانت المنفعة بها للولد. قال: فأما إن كانت لها فعليها، أو لهما فعليها وعلى الزوج.

قال القاضي أبو الوليد: والأظهر قول أصبغ، لأنها مما لا بدّ منه، كالنفقة والكسوة.

الواجب السادس: السكنى.

وعليه أن يُسكنها مسكناً يليق بها، إما بعارية أو بإجارة أو ملك.

الفصل الثاني
في كيفية الإنفاق

أما الطعام فيجب دفعه، وفي جواز أخذ الثمن عنه خلاف، مأخذه أن تحريم بيع الطعام من معاوضة قبل قبضه غير معلّل فيمنع، أو معلّل بالعينة فلا يمنع لعدمها بين الزوجين.

ويدفع ثمن ما يَصحبه ويُصلِحه.

وليس له أن يكلّفها الأكل معه، فإن أكلت معه سقطت نفقتها.

وفرض النفقة من الزمن / على قدْر مَلاَء الزوج، فمنهم من يفرض [١٧٨/ ب] عليه باليوم، ويُزاد بقدر اتّساع الحال على هذا الترتيب.

قال ابن سحنون في كتابه: سأل حبيب سحنون عن الرجل يكون قليل ذات اليد، ولا يجد ما يجري على امرأته رزقَ شهرٍ كامل، هل يُجري عليها رزق يوم بيوم بقدر طاقته من خبز السوق، وقد طلبته بالنفقة؟ فقال: نعم يجري عليها رزق يوم بيوم بقدر طاقته.

قيل: فإن كان له جِدَةٌ، وليس بالمليّ، فطلب أن يرزقها جمعة بجمعة قال: يجري عليها بقدر ما يرى السلطان من جِدَته، فمن الناس من يجري يوماً بيوم، ومنهم جمعة بجمعة، ومنهم شهراً بشهر.

فـــروع:

الأول: إذا خاصمت المرأة زوجها بالنّفقة، فقُضِيَ لها عليه بها، فقال: أحبسوا لها بقدرها من ديْني الذي عليها. فإن كانت معسرة فليس له ذلك، وقُضي عليه بالنفقة، ويتبعها بالدين، وإن كانت موسرة، فله مقاصّتها بالنفقة مما له عليها.

الفـرع الثانـي: إذا غاب زوجها فطلبت النفقة، وله مال حاضر، فرض لها الحاكم فيه وباع عروضه إن لم يكن له عين، ولا يطلب[1] بحميل بذلك.

وقال عبد الملك: يفرض لها في مال زوجها الغائب بعد أن تحلف بالله الذي لا إله إلا هو لمَا ترك عندها نفقة، ولا أرسلها إليها، ولا وضَعَتْها عنه.

فإن لم يكن له مال حاضر، لكن عرف ملاؤه في غيبته، فرض لها عليه، وكان ذلك ديناً عليه، تأخذه به إذا قَدِم.

الفـرع الثالـث: إذا تنازعا في كونه معسراً في حال الغيبة، فقال ابن القاسم: إن قدم معسـراً وقال: ما زلت كذلك مُذْ غبت، فهـو مصدّق مع يمينه حتى تقوم بيّنة. وإن قدم مـوسِراً، وادّعى أنـه كان معسراً، لم يقبل قوله إلا ببينة.

وفي العتبية عن ابن كنانة وسحنون: إذا قدم وقال: كنت معسراً في غيبتي، فالقول قوله، وعلى المرأة البيّنة.

---

(١) في الأصل: ولا تطلب.

وقال ابن حبيب: الغائب أبداً من أهل النفقة، حتى يقيم بيّنة أنّه عديم يومَ خرَج، أو أعدَم من وقتٍ يذكُرُه.

وإذا خرج على حال من يسر أو عسر، فالأصْل اعتبارها، والبيّنة على من ادعى خلافها منهما.

فإن أشكل أمره يوم خرج، فعليه البيّنة أنه معدم في غيبته.

الفـرع الرابـع: إذا قدم الغائب، فطالبتْه بالنفقة، فادّعى أنه ترك لها نفقتها، أو كان يرسلها إليها، فالقول قوله مطلقاً في قول. وقولها في ثان، والمشهور التفصيل:

فإن كانت رفعت أمرها إلى الحاكم، فالقول قولها. وإن لم تكن رفعت، فالقول قوله.

فأما الحاضر، فمتى ادعى قبضها النفقة لماضي الزمن، فالقول قولهُ لشهادة العرف له.

الباب الثاني

في مسقطات النفقة

وقد تقدم أن وجوب النفقة بالعقد والتمكين، فإن امتنعت من التمكين لم تجب النفقة. ولو لم يظهر تمكين ولا امتناع، ففي إنزالها منزلة الممكنة، أو الممتنعة خلاف. / وتسقط بالنشوز بعد التمكين. [١٧٩/أ]

وروي أنه لا تسقط به.

وإذا فرعنا على الرواية المشهورة، فموانع النفقة أربعة:

المانع الأول: النشوزُ، ومنعُ الوطءِ والاستمتاعِ نشوزٌ، والخروج بغير إذنه نشوز، وبإذنه ليس بنشوز.

وفي كتاب محمد: وإذا غَلَبت امرأةٌ زوجهَا فخرجت من منزله وأبت أن ترجع، وأبى أن ينفق عليها حتى ترجع، فأنفقت من عندها، قال مالك: فلها اتّباعه بذلك.

قال عيسى في العتبية عن ابن القاسم: وكذلك لو حلف بطلاقها واحدة أو البتّة إن أرسل إليها حتى تكون هي التي ترسل أو تأتي، فعليه النفقة ما أقامت. ولو شاء لنقلها.

قال الشيخ أبو الحسن: إنما ذلك إذا كان قادراً على ردّها، فأما لو عجز عن ردّها لسقطت نفقتها عنه بنشوزها.

وتجب النفقة للرتقاء والمريضة والمجنونة، فإن هذه أعذار دائمة.

المانع الثاني: الامتنـاع. فإذا امتنعت عن الزفاف بغير عذر لم تجب لها نفقة كما تقدم. فإن كانت مريضة يَضُرُّ بها الوطءُ، فمعذورة، ولا يؤتمن الرجل في قوله: لا أطأها. وإن أنكر كون الوطء مضرّاً ثَبُت ذلك بقول امرأتين ولا يثبت بقول واحدة.

المانع الثالث: الصغـر. وإذا زوّجتْ صغيرةٌ من بالغ، فلها النفقة إن كان مثلها يوطأ، ودعته للدخول. وإن كان لا يوطأ مثلها، فلا نفقة عليه.

وإن زوّجت بالغة من صغير، فلا نفقة لها حتى يبلغ.

وإن زوجت صغيرة من صغير، فلا نفقة لها حتى يبلغ الزوج، وتطيق هي الوطء.

المانع الرابع: العـدّة. والمعتدة المطلقة إن كانت رجعية فلها النفقة. وأما البائن فلها السكنى، وليس لها نفقة، إلا أن تكون حاملاً.

فــرع:

يجب تعجيل النفقة قبل الوضع بظن الحمل، بظاهر الآية[1]، فإن بان أن لا حمل استردَّ.

وقيل: لا يسـترد.

وروي: إن أنفق بقضيّة رجع عليها، وإن أنفقها بدعواها، أو بقول القوابـل لم يرجع بشيء.

---

(1) قوله تعالى: ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ الطلاق: ٦.

البَابُ الثَّالِثُ

في الإعسَار بالنفقَة

وهو مثبت لحق الفسخ لمن توجهت لها المطالبة بالنفقة، ثم النظر في أطراف.

أحدها: في العجز، ونعني به أن يعجز عن القوت بالفقر، وهذا إذا فقد ما يُنفِق جملةً. وكذلك حكم الكسوة. فإن وَجَدَ يسيراً ولا يسدُّ مسدًّا، فذلك يُثبت حقَّ الفسخ، فإن سدّ مسدّاً، وكان قدْرَ ما يُمسِك الحياة والصحّة، فحكى الشيخ أبو الطاهر في الفسخ قولين.

وقال ابن حبيب: إذا لم يجد غير الخبز وحده، وما يواري عُرْيَتَها، ولو بثوب واحد، قال مالك: من غليظ الكتان، لم يفرق بينهما، كانت غنية أو فقيرة، فإن عجز عن هذين أو عن أحدهما فرق بينهما بطلقة.

فإن وجد في العدّة يساراً بيّناً مما يقدر فيه على رزق شهر بشهر، وما تستوجب من اللباس والوِطَاء، فله الرجعة.

وإن لم يجد إلا مثل عيش يوم بيوم، وما يواري عُرْيَتَها، فلا / [١٧٩/ ب] رجعة له.

وهذا فيمن الفرض عليه شهراً بشهر.

قال: فأما من كان الفرض عليه بالأيام، والذي به كانت تُعْرَف حالُه، فله الرجعة بوجود ما لو وجده أوَّلاً لم تُطلَّق عليه.

قال: وقاله ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب.

وأما الغائب عن زوجته، ولا مال له ينفق عليها منه، فهل تطلق عليه بذلك أم لا؟ فيه قولان للمتأخرين.

وقال الشيخ أبو الطاهر: والأكثر على الفراق. قال: وهو أصْل المذهب.

وقال الشيخ أبو الحسن: لا يفرّق على الغائب، لأنه لم يستوْف حجّته. والمسألة خلافية. والقادر بالكسب كالقادر بالمال، والعجز عن الأدام لا يؤثر، ولا العجز عن الصداق بعد الدخول، ولا يؤثر العجز عن نفقة الزمان الماضي، بل ذلك ديْن مستقرّ في ذمته، فرضه القاضي أو لم يفرضه.

الطرف الثاني: في حقيقة هذا الفسخ، وهو طلاق. فترفع أمرها إلى القاضي حتى يأمره أن ينفق أو يطلق، فإن أبى طلّق عليه القاضي طلاقاً رجعياً، لكن الرجعة موقوفة على اليسار، فإن راجع وأنفق قبل انقضاء العدة صحت الرجعة، وإن انقضت العدّة قبل أن يقدر على الإنفاق بانت منه.

الطرف الثالث: في وقت إيقاع الطلاق عليه، وقد اختلفت الأقوال في التلوّم في ذلك.

فقال في المبسوط: يؤخر اليوم ونحوه مما لا يضرّ بها الجوع.

وقال في كتاب محمد: ما علمتُ أنَّه يُضرَب له أجل إلا الأيام. ثم قال: ولا أعلم له أجلاً.

وقال محمد: الذي عليه أصحاب مالك في التلوّم الشهر ونحوه.

وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: الشهر والشهران.

وقال أصبغ: إن لم يُطمَع له بمال، فالشهر إذا لم تجد هي ما

تنفق، ثم إذا انقضت مدة التلوّم على الخلاف فيها، ولم يقدر على الإنفاق طلق عليه.

فـــرع:

روى عبد الملك فيمن كان حال التزويج فقيراً معسراً، لا يُجرِي مثلُه على النساء نفقةً لفقره، فتزوّجتْه عالمةً بذلك راضيةً به، فلا قيام لها.

وقال في كتاب محمد: وإن علمتْ أنه فقير عند نكاحه إياها، فلها ذلك، إلا أن تعلم هي أنه من السؤال قبل نكاحه، فلا حجة لها.

وقال في المبسوط: إذا تزوجته عالمةً بفقره حالة العقد، فلا تطلّق عليه، أرأيتَ لو تزوجتْ رجلاً من أهل الصُفَّة، أكان يطلَّق عليه؟.



السّبب الثاني للنفقة، القرابة

وفيه بابان:

الباب الأوّل
في شرائط الاستحقاق وكيفيّة الإنفاق

وفيه فصول:

الفصل الأول
في شرائط الاستحقاق

والمستحقون صنفان: أولاد الصلب، والأبوان.

ولا يتعدى الاستحقاق إلى أولاد الأولاد، ولا إلى الجدات والأجداد، بل يقتصر على أول طبقة من الفصول والأصول.

ويشترط في المستحق الفقر والعجز عن التكسّب. وتختص الأولاد بزيادة شرط الصغر على تفصيل يأتي في الإناث.

ويشترط في المُستَحَق عليه أن يكون موسراً بما يزيد على مقدار حاجته. ولا يباع عليه عبدُه وعقارُه في ذلك إذا لم / يكن فيهما فضل [١٨٠/أ] عن حاجته لهما. ولا يلزمه الكسب لأجل نفقة القريب.

ولا تشترط المساواة في الدِّين، بل ينفق المسلم على الكافر، والكافر على المسلم.

ثم تستمر النفقة باستمرار شروطها، فلا تنتهي في حق الأبوين إلا بحدوث الموت أو المال. وتنتهي في ذكور الولد ببلوغهم أصحاء، فأما من بلغ منهم ذا زمانة لا حراك به، أو أعمى، أو مغلوباً، أو كان زمِناً زمانة تمنع السعي، فلا تسقط نفقته بالبلوغ، بل تستمرّ.

وقيل: تنتهي النفقة عليهم بالبلوغ على أيّ حال كانوا.

ولو بلغوا أصحاء فسقطت نفقتهم، ثم طرأ عليهم ما ذكرنا، لم تعد النفقة عليه.

وقال عبد الملك: تعود النفقة عليه.

ولا تنتهي في الإناث من الولد حتى يتزوّجن، وتترتب النفقة لهن على أزواجهن، ثم إن طلقن بعد سقوطها عن الآباء فلا تعود عليهم إلا بعد أن يَعُدْنَ غيرَ بالغات.

ويَسْتحقّ الأب نفقة زوجته كنفقته.

وقيل: لا تجب على الولد نفقتها، إلا أن تكون أمَّهُ.

وفي استحقاقه الإعفاف على الولد خلاف تقدم.

الفصل الثاني
في كيفية الإنفاق

ولا تقدير في ذلك، بل يجب مقدار الكفاية، ويحال فيما يعطيه من النفقة وما يتبعها من المَؤونة والسكنى والكسوة على العوائد.

ولا تستقرّ في الذمة، بل تسقط بمرور الزمان، إلا أن يفرضها القاضي، بخلاف نفقة الزوجات[1].

---

(١) س: الزوجة.

فـــرع:

حيث خوطب الأب بالإنفاق على ولده، فامتنع، فللأمّ أَخذ النفقة من ماله.

ويجب على الأمّ أن تُرضع ولدها، إذا كانت تحت أبيه، إلا أن يكون مثلُها لا يُرضع لسُقْمٍ أوْ قِلَّة لبن، أو لشرف وعلوّ قدر، فذلك على الأب، إلا ألاّ يقبل غيرها فيلزمها إرضاعه.

وكذلك لو كان الأب عديماً، ولو لم يكن لها حينئذ لبن، لم يلزمها أن تستأجر له.

وفي كتاب محمد: عليها أن تستأجر له، ولو كان الأب عديماً ووجد من يرضعه له مجاناً، أو بدون أجرة المثل، وطَلَبتْ الأمّ أجرة المثل، كان القول قول الأب، إلا أن ترضعه الأم كذلك.

ولو كان الأب موسراً وقال: وجدت من يرضعه سوى الأمّ مجاناً، وطلبت الأمّ الأجر، فالقول قولها.

قال أبو القاسم بن الكَاتب: إلا أن يجد من يرضعه عند أمه، فله ذلك. وكذلك إن وجد من يرضعه بدون ما رضيت به الأم، إذ إنما يراعى حقّها في الحضانة.

فـــرع:

حيث استؤجر للولد من ترضعه غير الأمّ، فيستحبّ أن تكون ذات عقل وعفاف عن الفاحشة، سالمة من العيوب التي يتقى حدوث مثلها بالمرتضع. فَتُتُوَقَّى الحمقاء والفاجرة لأن اللبن يغيّر الطباع. وقد جاء الحديث بالنهي عن هاتين[1].

---

(١) ولعل المصنف يشير إلى حديث: «لا تسترضعوا الورهاء. أي: الحمقاء، فإن اللبن يورث». أخرجه الطبراني في الصغير ١/ ٥٢؛ والبزار. كشف الأستار: ٢/ ١٦٩، =

وينبغي أن تتوقى الجذماء. وبالجملة فكل عيب يخاف منه أن يغيّر جسم الولد أو طباعه.

والمنصوص أنه لا تُسترضَع الحامل، وتنفسخ الإجارة إن استُؤْجِرت ثم حملت.

وحكى أبو الحسن اللخمي قولاً ثانياً بجوازه.

الفصل الثالث

/ في اجتماع الأولاد

[١٨٠/ب]

تختص النفقة بالموسر منهم. فإن كانوا كلّهم موسرين، أو جماعة منهم، كانت النفقة على كلّ موسر.

واختلف في كيفية التوزيع، فقال أصبغ: بالسويّة.

وأشار محمد إلى أنها على قدر اليسار والجِدَة.

وقال مطرف: على قدر مواريثهم إذا كانوا أطفالاً لا يَلُونَ أموالهم بأنفسهم، فيكون على الذكر مثل ما على الأنثى لأنها إنما وجبت في أموالهم.

= عن عائشة. وذكره الهيثمي في المجمع: ٤/ ٢٦٢. وقال: وإسنادهما ضعيف. وحديث: «لا تسترضعوا الزانية فإن اللبن يعدي». أخرجه الطبراني في الأوسط: ٦/١ عن ابن عمر. وقال الهيثمي في المجمع: وفيه عباد بن عبد الصمد وهو ضعيف. وحديث: «أنظروا من ترضعون» أخرجه ابن عدي في الكامل: ٥/ ١٨٠٢ عن ابن عمرو وفيه عمرو بن مخزوم وهو منكر الحديث.

الباب الثاني
في الحضانة

وفيـه فصـول:

الفصـل الأول
فـي صفـات الحاضنـة

فنقول: الحضانة ولاية وسلطنة، لكنّها بالإناث ألْيَق لزيادة الشفقة، فالأم أوْلى من الأب، وإن كانت المؤونة على الأب. لكن بشرط أن تكون الأمّ عاقلة، ولا يشترط كونها مسلمة على المشهور، بل للذمية من الحضانة ما للمسلمة إن كانت في حرز، وتُمنَع أن تغذّيَهم بخمر أو خنزير، فإن خيف أن تفعل بهم ذلك ضُمَّت بهم إلى ناسٍ من المسلمين.

وروى ابن وهب: أن لا حضانة لها.

ولا تشترط الحرية. بل للأمة حضانة ولدها من زوجها عبداً كان أو حرّاً.

ويشترط كون الحاضنة أمينة، إذ لا يُوثَق بالفاسقة.

ويشتـرط أيضاً كـونها فـارغة، فـإن كانت متـزوّجة، أو نكحت ودخلت، بطل حقّها، إلا إذا كان الزوج جدّ الطفل، فإنها لا تسقط حضانتها.

وقال ابن وهب: تسقط.

قال أصبغ والحارث بن مسكين[1]: العمل على ما قال مالك، ولا يؤثر رضى الزوج، ولا يرجع حقّها إن طلقت.

---

(١) الحارث بن مسكين بن محمد بن يوسف، أبو عمرو، القاضي. كان فقيهاً عالماً زاهداً. سمع ابن القاسم وأشهب وابن وهب، ودوَّن أسمعتهم، وتفقه بهم. وروى عن ابن عيينة وحدث ببغداد ومصر. ألف كتاباً فيما اتفق عليه ابن القاسم وأشهب =

وقيـل: يرجـع.

وإذا كانت في مسكن الزوج، فللزوج ألا يرضى بدخول الطفل داره، ومهما أمتنع الأول أو غاب، انتقل حق الحضانة إلى البعيد، لا إلى السلطان.

ويُسقِطُ حقَّ الحضانة أيضاً الخوف على الولد في بدَنِه أو أخلاقه في الحال أو المآل.

فــــرع:

اختلف في حق الحضانة، هل هو للولد أو للوالدة؟ فيه روايتان. وخرج الشيخ أبو الطاهر عليهما الخلاف في الأم إذا كانت مليّة، والولد كذلك هل تستحق في ماله نفقةً أو أجرةً أم لا؟، فبنى نفيَ الاستحقاق على إثبات الحق لها، وثبوتَه على ثبوت الحق له. ثم تكون النفقة إذا استغرقت أوقاتها بالحضانة أو تفرّغت إليها، وتكون الأجرة إذا لم تستغرق أوقاتها بذلك.

أما صفة المحضون، فهو ألّا يستقلّ كالصغير والمجنون والمعتوه.

ثم الأمّ أوْلى بالصغير الذكر إلى حيث يبلغ الاحتلام. وقيل: إلى حيث يُثْغِر[1].

وقال ابن الماجشون: إذا استغلظ أو قارب الاحتلام، أو أنْبَتَ واسْوَدَّ إنباته، فللأب ضمه إلى نفسه.

وفي الصغيرة حتى تتزوج، ويدخل بها زوجها.

وإذا سافر وليّ الطفل أباً كان أوْ غيـره سفرَ نقلةٍ، سقط حقّ الأمّ

= وابن وهب والليث. ولد سنة ١٥٤ـ ت ٢٥٠. (الشجرة: ٦٧).

(١) أثغر الصغير: نبت ثغره. والثغر: الأسنان أو مقدّمها. (ترتيب القاموس المحيط: ثغر).

وغيرها من الحضانة إن كان السفر بعيداً، وله أخذ الصغير منها وإنْ كان يرضع، إلا إذا رافقته في الطريق. وليس له ذلك في سفر النزهة ولا في التجارة وإن طالت المدة.

وليس للأمّ / أن ترحل بالولد عن مكان وليّه، إلا إلى المكان [١٨١/أ] القريب الذي يُمنَع الأب من خروج الولد معه إليه لقُرْبه وإن قصد استيطانه.

فـــرع:

قال محمد: وأقصى ما للأب أن ينتجع بولده وأقربه، والذي لا ترتحل إليه الأمّ بالولد عن عصبتهم، المكانُ الذي لا يكاد يصل خبرهم، وأقرب ذلك ستة بُرُد، قاله مالك في المرحلتين.

وقال أصبغ: إذا انتجع من الاسكندرية إلى الكِرْيَوْن[١] فله الرحلة بهم.

قال محمد: وهذا قريب قَدْرُ بُرْدَيْن، ولم أسمع من قالـه، إلا أصبغ. ولم يَرَ أشهب للأمّ أن ترتحل به إلى ثلاثة برد.

الفصـــل الثـانـي
فـي اجتمـاع الحـواضـن

والنظـر فـي أطــرف.

الأول: في النسوة. والأمّ أَولىَ من سائرهنّ بالحضانة، ثم أمّها، ثم جدة الأمّ لأمها [وإن بعدت][٢]، ثم الخالة. واختلف في خالة الخالة،

(١) كريون: بكسر أوله وسكون ثانيه وفتح الياء المثنّاة من تحتها، ثم واوٌ سَاكِنة ثم نُونٌ: اسم موضع قرب الإسكندرية أوقع به عمرو بن العاص أيام الفتوح بجيوش الروم. (ياقوت: كرى).

(٢) وإن بعدت: ساقط من الأصل، والإكمال من س.

هل هي كالخالة عند فقدها أم لا؟. ثم الجدة للأب، ثم جدة الأب لأبيه، ثم الأخت، ثمَّ بنت الأخت، ثم العمة، ثم بنت الأخ.

الطرف الثاني: في الذكور. وأَوْلاهم الأب، ثم الأخ، ثم الجدّ، ثم ابن الأخ، ثم العمّ، ثم ابن العمّ. ثم اختلف في الموالي الأعلى والأسفل، هل لهما حق في الحضانة أم لا؟.

الطرف الثالث: في اجتماع الذكور والإناث.

ولا شك في تقديم الأمّ وأمّها على جميع الرجال. وتُقَدّم جميع النساء على مَنْ عَدَا الأبَ من الرجال.

فأما الأب ومَنْ بَعْدَ الجدة للأم، فقد اختلف أيّهم يُقدّم:

فمذهب الكتاب[1] أنّه يقدْم على من سوى الأخت.

وقيل: إن جميع النساء مقدمات عليه.

وقيل: إنه لا يقدم عليه إلا الأم والجدة.

وقيل: إن الخالة مقدمة عليه، وهو مقدّم على أمّه ومن بعدها.

فـــروع:

الأول: الوصيّ، وقد نصّوا في الروايات على أنه مقدم على جميع العصبة.

قال الشيخ أبو الطاهر: وينبغي أن يُجْرَى الأمر فيه على قولين كما تقدم. قال: وقد أشرنا في الصلاة على الجنازة، وفي وليّ النكاح إلى ما يقتضي الخلاف في هذا الأصل، وهو أن هذه الحقوق هل تكون كالحقوق المالية، فلمالكها أن يتصرف فيها بالأخذ لنفسه، أو النقل إلى غيره، أو لا تكون كالحقوق المالية، لأنه إنما ملك بسبب موجود فيه، وفي المنقول عنه وليس بموجود فيمن نقله إليه، فالمنقول عنه أحق بذلك.

---

(١) المدونة: ٣/ ٣٥٦- كتاب إرخاء الستور في حضانة الأم.

الفرع الثاني: وهو مرتب. إذا قلنا بأنه أحقّ، فذلك في الذكور. وأما الإناث إذا كبرن، فإن كنّ ذوات مَحرَم منه، فهو أوْلَى، وإن لم يكنّ ذوات مَحرَم منه، فهل يكون له حقّ في حضانتهن أم لا؟ فيه خلاف.

قال الشيخ أبو الطاهر: وينبغي أن يكون خلافاً في حالٍ، فإن كان مأموناً وله أهل، فهو أحقّ، وإلا لم يكن له حق.

الفرع الثالث: الأخ للأب، اختُلِف في أن له حقّاً في الحضانة أم لا؟.

واختلف أيضاً في أم الوَلَد تعتق، هل تستحقّ الحضانة نظراً إلى حالها بعد العتق أو لا تستحقها نظراً إلى حالها قبله؟.

قال الشيخ أبو الطاهر: / والصحيح أنها تستحقها، لأن الأمة [١٨١/ب] تستحق الحضانة على ولدها وإن كان حرّاً.

الفرع الرابع: لو كان من ذوي القرابات من هو في قُعْدُدٍ واحدٍ، لكان الأوْلَى منهم من هو أكمل صيانة ورفقاً، ولو تساووا في ذلك، فقد قالوا: إن الأسنَّ أوْلى. ولا شك في أن الأقرب بدرجة، أو الشقيق أوْلى من الأبعد ومن غير الشقيق كما تقدم.

الفصل الثالث

في المستحقّ للمحضون الفقير على أبيه المليّ

وذلك ما يأكله ويشربه ويفتقر إليه من غسل ومؤونة. والمرجوع في تقدير ذلك إلى العوائد كما تقدم، والنظر إلى قدر يسر الأب وعسره. ويلزم إخدامه إذا كان يليق بمثله.

وقيل: لا تلزم الخدمة.

وكذلك الخلاف في السكنى، والمشهور وجوبها للحاجة إليها. ورأى في الشاذ أنه فيها تَبَع.

ويتفرع على المشهور فرعان:

الأول: هل تلزم أجرة جميع المنزل، أو ما ينوب الولد؟ في ذلك قولان.

الفرع الثاني: وهو مرتّب على الأول. إذا قلنا: الواجب ما ينوب الولد، هل بقدر الانتفاع، أو على عدد الرؤوس؟، فيه قولان أيضاً. وتخرّج على هذا الأصل فروع كثيرة كأجرة كاتب الوثيقة، وكانِسِ المرحاض، وحارِس الأندر، والتقويم على المعتقين، والأخذ بالشفعة، وزكاة العبد المشترك. وحصر ذلك إن كان ما وجب بحقوق مشتركة، فهل يكون استحقاقه أو الاستحقاق عليه بقدر الحقوق، أو على عدد الرؤوس؟ القولان.

السبب الثالث: للنفقة ملك اليمين.

وتجب على السيد نفقة الرقيق بقدر الكفاية على ما جرت به العادة. ولا يتعين ما يُضرَب على العبد من خراج، بل عليه بذل المجهود ولا يكلّفه السيّد إلا ما يطيق. فإن لم ينفق على عبده بيع عليه.

ويجب على ربّ الدوابّ عَلَفُها، أو رَعْيُها إن كان في رعيها ما يقُوم بها. فإن أجدبت الأرض تعين عليه علفها، فإن لم يُعلِف أُخِذ بأن يبيعها، أو يذبحها إن كانت مما يجوز أكلها، ولا يُتْرَك وتعذيبَها بالجوع وغيره. ولا يجوز أن ينزف لبنها بحيث يضرّ بنتاجها.

كمل كتاب النفقات، وبكماله كمل الجزء الأول من كتاب عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة. وصلى الله على النبي محمد وآله وصحبه.

يتلوه في أوّل الجزء الثاني كتاب البيوع[1].

---

(١) هذه تجزئة الأصل، وفي جزئه الثاني يبدأ ترقيم جديد للوحات التي لم تسلم من النقص في مواطن من الجزء الثاني، وهذا سبب الخلل الآتي في ترقيم اللوحات التالية.

/ بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ [١/ب]

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم، وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً.

كتاب البيع

والنظر في حقيقته وأحكامه.

[حقيقة البيع]

أما حقيقته فقال الإمام أبوعبد الله: هو نقل الملك بعوض.

قال: وهذا الرسم يشمل الصحيح والفاسد، إن قلنا: إنه ينقل الملك. فإن قلنا: إنه لا ينقل الملك، لم يشمله من جهة المعنى، لكن العرب قد تكون التسمية عندهم حقيقة، لاعتقادهم أن الملك قد انتقل على حكمهم في الجاهلية، وإن كان لم ينتقل على حكمهم في الإسلام.

[أحكام البيع]

وأما أحكامه فالنظر فيها يتعلق بخمسة أقسام:

الأول: في صحته وفساده.
الثاني: في لزومه وجوازه.
الثالث: في حكمه قبل العقد وبعده.
الرابع: فيما يقتضيه مطلق ألفاظه في الثمار والأشجار، واستتباع الأصول الفروع.
الخامس: في مداينات العبيد والتحالف.

القِسم الأول

في صحّته وفسَاده

وفيــه خمســة أبـواب.

البَاب الأوّل

في أركَانه

وهــي ثلاثــة:

الأول: ما ينعقد به البيع، وهـو صيغة الإيجاب والقبول، أو ما يشاركهما في الدلالة على الرضى الباطن من قول أو فعل قصد به ذلك.

فيكفي المعاطاة والاستيجاب والإيجاب، وهو قولـه، بعني بدل قوله: اشتريت، كما في النكاح.

فـــرع:

فإن تنازعا وجود قصد الدلالة به عليه، فقد قال أشهب في العتبيـة فيمن قال لرجل: بعني سلعتك هذه، فيقول: نعم بكذا، فيقول: قدْ أخذتُها، فيقول ربُّها: لم أُرد بيعَها، إنما أردت اختبار بيعها، أنه قال: أما من وقف سلعته بالسوق يتسوَّق بها فذلك يلزمه، وإن لم يفترقا، وأما الذي يعلم أنه لاعـب لا يريد بيعها، فلا يلزمه.

وفي الكتـاب[1] من رواية ابن القـاسـم فيمن وقف سلعته في

---

(1) المدونة: ٤/ ٢٢٢. كتاب بيع الخيار ـ ما جاء فيمن أوقف سلعة وقال: لم أرد البيع.

السوق، فيقول له الرجل: بكم سلعتُك هذه؟ فيقول: بمائة دينار[1] فيقول: قد أخذتُها، فيقول ربها: لا أبيعك ـ وقد كان أوقفها للبيع ـ إنه يحلِف ما ساوَمَه على إرادة البيع، وما مساومته إلا بأمر يذكره غير الإيجاب، ويكون القول قوله.

وإن لم يحلف لزمه البيع.

قال ابن القاسم: وكذلك إذا قال: بعني سلعتك بكذا، فيقول: قد بعتك فيقول الراغب: لا أرضى.

الركن الثاني: العاقد.

وشرطه: التمييز[2]، فلا ينعقد بيع غير المميز لصغر أو جنون أو إغماء، وكذلك السكر إذا كان سكره متحققاً.

قال الشيخ أبو إسحاق: ويحلف بالله مع ذلك، ما عقل حين فعل، ثم لا يجوز عليه.

وقال ابن نافع: ينعقد بيع السكران.

والجمهور على خلافه.

قال الإمام أبو عبد الله: وهو بسكره يقصر ميزه في معرفة المصالح عن السفيه، والسفيه لا يلزمه بيعه، وإن كان يقام الحدّ عليه كما يقام على السكران.

ولا يشترط التكليف في الانعقاد، ولكن يقف اللزوم عليه.

أما إسلام العاقد فلا يشترط في شراء غير العبد المسلم والمصحف.

ولا يشترط. . . . . .[3] الإقدام على شرائهما.

واختلف في اشتراطه في صحته.

---

(١) في الأصل بياض مكان: بمائة دينار.

(٢) هنا يبدأ نقص في س. (٣) طمس في الأصل.

فروى ابن القاسم في الكتاب صحة شراء الذمي العبد المسلم والإجبار على بيعه[1]، وإن كان لا ينفسخ. ثم قال: وكذا يجبر[2] النصراني على بيع المصحف، ولا يردّ شراؤه على قول مالك في العبد المسلم.

قال الشيخ أبو محمد فيهما: وقال غيْرُهُ: ينقض بيعه.

وقال سحنون: وهو قول أكثر أصحاب مالك.

وحكى الإمام أبو عبد الله رواية الفسخ أيضاً، وعزاها إلى مختصر ما ليس في المختصر للشيخ أبي إسحاق، وإلى كتاب ابن حبيب.

فـــروع:

إذا اشترى المسلم عبداً نصرانياً من نصراني، فأسلم في يد المسلم ثم اطلع على عيب فيه... ...[3] فهل له رده، أو يتعيّن الرجوع إلى الأرش؟ قولان لابن القاسم وأشهب.

وخرج الإمام / أبو عبد الله هذا الخلاف على الخلاف في الردّ بالعيب: هل هو نقض للبيع من أصله، أو هو كابتداء بيع؟. [٢/ أ]

ثم إذا رده على قول ابن القاسم أُجبر النصراني على إزالة ملكه عنه، وطولب ببيعه من مسلم، كما إذا كان إسلامه في يد النصراني، فإنه يجبر على إزالة ملكه عنه، ويطالب ببيعه من مسلم، فإن أزال أحدهما الملك بالعتق كفى.

وكذلك إن تصدق به على مسلم، أو وهبه منه.

---

(١) كذا في المدونة: ٤/ ٢٧٥. كتاب التجارة بأرض العدو ـ في اشتراء النصراني المسلم.

(٢) في الأصل: لم يجبر، وهو خطأ، تلافيناه بما جاء في المدونة.

(٣) طمس في الأصل.

وحكى الإمام أبو عبد الله خلافاً بين المتأخرين في المرأة الذمية يسلم عبدها، فتهبه لولدها الصغير من زوجها المسلم: هل يكتفى بذلك منها أم لا؟ ثم بنى اختلافهم في ذلك على الخلاف فيمن ملك أن يملك هل يُعَدّ مالكاً أم لا؟[1].

ولا يكفي الرهن بل يباع بعد الرهن ويعجل الدين، إلا أن يأتي برهن ثقة.

وقال سحنون: يعجل ثمنه للمرتهن، وإن أتى برهن آخر.

قال أبو الحسن اللخمي: وقول ابن القاسم يعني الأول.

ثم حيث أمرناه بإزالة الملك، فمات قبل إزالته انتقل الحكم إلى الوارث، وأمر بإزالة ملكه عنه كورثته، ولا يؤخر المأمور منهما إلا بحسب المكان.

قال الإمام أبو عبد الله: ويبقى النظر في أنه هل يجوز أن يبيعه على أن الخيار له أياماً أم لا؟.

ثم قال: وهذا مما ينظر فيه.

ولو باع النصراني عبده النصراني على الخيار أياماً، فأسلم العبد، فإنه إن كان الخيار للمشتري وهو نصراني استعجل استعلام ما عنده من رد أو إمضاء ولم يمهله إلى تمام مدة الخيار، لئلا يدوم ملك الكافر على المسلم.

فإن كان المشتري مسلماً فظاهر الكتاب أنه يُمهل إلى أن تمضي أيام الخيار.

ولو كان العبد نصرانياً والمشتري كذلك، فأسلم العبد ـ والخيار للبائع وهو مسلم ـ فهل يجوز للبائع المسلم إمضاء البيع للنصراني أم لا؟.

---

(١) انظر الفرق ١٢١ بين قاعدة من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا؟... (فروق القرافي: ٣/٢٠).

قال الإمام أبو عبد الله: هذا قد يجري على القولين في بيع الخيار إذا أمضي هل يُقَدَّر أنه إنما عقد من حين إمضائه فيقتضي هذا منع المسلم البالغ من إمضاء البيع، أو يقدر البيع كأنه لم يزل ماضياً من حين العقد، فيكون بهذا إمضاؤه، ولا يكون كمبتدأ بيع مسلم من كافر إذا عقد البيع في حال يجوز فيه العقد. وزمن العقد هو المعتبر على هذا القول، لأنه من إمضاء الخيار.

هذا حكم شراء الذمي للعبد المسلم وما اتصل به. فأما شراؤه للعبد الذي ليس بمسلم، فيختلف حكمه باختلاف صوره، وهي ثلاث:

الأولى: أن يشتري بالغاً على دينه، فلا يمنع من شرائه إذا كان يسكن به بلد المسلمين، أو لا يباع لمن يخرج به عن بلد المسلمين، لما يُخشَى من إطلاعه أهلَ الحرب على عورة المسلمين.

الصورة الثانية: أن يكون هذا العبد صغيراً، ففي الكتاب وغيره: منْعُه، لما يرجى من إسلامه، وسرعة إجابته إذا دُعي إلى الإسلام، لكونه لم يرسخ في نفسه الكفر، بخلاف الكبير.

قال في العتبية: فإن بيع منه فسخ البيع[1].

قال الإمام: ويتخرج فيه على القول الآخر أنه يباع عليه من مسلم.

وقال محمد: لا يمنع[2] من شرائه، لأنا لسنا على يقين من إسلامه إذا اشتراه مسلم.

الصورة الثالثة: أن يكون[3] بالغاً على غير دين مشتريه، **ففيها[4] مسألتان:**

(١) نهاية النقص في س.

(٢) يمنع: طمست في الأصل.

(٣) س: أن يكون العبد.

(٤) س: وفيه.

الأولى: أن يكونا كتابيين، كيهودي يباع من نصراني، أو نصراني يباع من يهودي، فقال ابن وهب وسحنون بالمنع من شرائه لما بينهما من العداوة والبغضاء فيكون إضراراً بالمملوك وإيجاداً للسبيل على أذيته.

وقال محمد: لا يمنع[1] لأنه ليس المنع لحق الله سبحانه، بل بمحض حق العبد، لأنه لو رضي[2] بذلك لجاز، ويمكن تدارك حقه بالمنع[3] من أذيته دون فسخ البيع.

المسألة الثانية: أن يكون العبد من المجوس أو الصقالبة أو السودان فأراد الكتابي شراءه، فحكى الإمام أبو عبد الله في ذلك ثلاثة مذاهب:

الأول: الجواز[4] مطلقاً، فإن هذا ظاهر الكتاب[5] إذ قال[6]: ما علمته حراماً، وغيره أحسن منه.

قال: وأطلق الجواب في الصغير منهم والكبير.

الثاني: المنع مطلقاً في الصغير والكبير، وعزاه إلى ابن عبد الحكم.

[٢/ب] / **والثالث**: التفرقة بينهما، فيمنع[7] في الصغير ويجوز في الكبير وأسنده إلى العتبية، ثم قال: وقال فيها: وإن اشترى الصغير فسخ البيع، قال: واشترط فيها في فسخ البيع أن لا يكون الصغير قد دان بدِين.

---

(١) يمنع: طمست في الأصل.

(٢) س: إذا لو رضي.

(٣) بالمنع: طمست في الأصل.

(٤) الجواز: طمست في الأصل.

(٥) س: قال: وهو ظاهر الكتاب.

(٦) س: إذ قال فيه.

(٧) في الأصل: فمنع.

ثم خرج الإمام الخلاف في منع بيعهم من النصارى واليهود على الخلاف في إجبارهم على الإسلام إذا سبيناهم، ثم حكى أن ظاهر المذهب على ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث، فيجبر في[1] الصغير دون الكبير منهم.

الركـن الثالـث: المعقود عليه.

ويشترط [فيه][2] أن يكون طاهراً، منتفَعاً به، مقدوراً على تسليمه، معلوماً، واختلف في اشتراط كونه مملوكاً للعاقد أو لمن عقد عليه.

الأول[3]: الطهـــارة.

والمذهب أن الأعيان النجِسَة لا يصحّ بيعها، إلا أن في بعضها خلافاً يتبين بذكر آحاد الصور:

فمنها العذرة والبول[4]، وقد روى ابن القاسم في الكتاب المنع من بيع العذرة، وخرج عليها بيع زبل الدواب، ورأى [هو][5] في نفسه أَلاَّ بأس ببيع الزبل[6]، فأخذ أبو الحسن اللخمي من قوله هذا أنه يرى جواز أن يبيع العذرة.

وقال ابن الماجشون: لا بأس ببيع العذرة، لأن ذلك من منافع الناس.

وقال أشهب في الزبل: المشتري أعذر فيه من البائع يقول في اشترائه.

---

(١) في: سقطت من س.

(٢) فيه: سقطت من الأصل.

(٣) س: الشرط الأول.

(٤) س: والزبل.

(٥) هو: سقطت من الأصل.

(٦) المدونة: ٤/ ١٦٠. كتاب البيوع الفاسدة ـ في بيع الزبل والرجيع وجلود الميتة والعذرة.

وقال ابن عبد الحكم: لم يعذر الله سبحانه أحداً منهما وهما سيان في الإثم.

ومنها الزيت النجس. [فقال ابن حبيب: لا يباع الزيت النجس][1].

قال: وعلى ذلك مالك وأصحابه إلا ابن وهب فإنه أجاز بيعه إذا بيّن.

قال الإمام أبو عبد الله: وشرط غير ابن وهب أن لا يباع من مسلم.

واختلف في جواز الاستصباح به، فقال مالك: يجوز في غير المساجد للمتحفّظ[2] من نجاسته، [ويعمل منه الصابون][3].

وقال عبد الملك: لا ينتفع به في شيء أصلاً، ولو طرحه في الكرابيس[4] يريد الانتفاع به لكرهته.

ونحوه قال يحيى بن عمر.

واختلف أيضاً هل يطهر بالغسل أم لا؟. فروى ابن نافع أنه يطهر.

وروى ابن القاسم في الواضحة والمستخرجة نحوه.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٢) س: للتحفظ.

(٣) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٤) بهامش س: الكرياس: الكنيف. وهو مطابق لما جاء في اللسان، وفيه قال أبو عبيد: الكرابيس واحدها كرياس، وهو الكنيف الذي يكون مشرفاً على سطح بقناة إلى الأرض فإذا كان أسفل فليس بكرياس. قال الأزهري: سمي كرياساً لما يعلق به من الأقذار فيركب بعضها بعضاً ويتكرس مثل كرس الدمنة (اللسان: كرس).

وروى أصبغ فيمن فرغ عشر جرار سمن في زقاق ثم وجد في جرّة منها[1] فأرة يابسة، ولا يدري في أيّ الزقاق فرغها: إنه يحرم جميع[2] الزقاق، وبيعها.

قال الأستاذ أبو بكر: وظاهر هذا يقتضي أن لا يغسل.

قال: فيصير في الغسل قولان، يعني[3] لمالك وابن القاسم.

وعلى ذكره خلاف ابن القاسم لمالك مسألة وقعت في المستخرجة.

وروى عيسى عن ابن القاسم في اللحم يطبخ في الماء النجس قال[4]: يغسل اللحم ويؤكل.

وروى أشهب عن مالك: لا يؤكل.

ومنها: عظام الميتة. وفي الكتاب من رواية ابن القاسم: لا أرى أن تشترى عظام الميتة ولا تباع، ولا أنياب الفيل، ولا يتّجر فيها، ولا يمتشط بأمشاطها ولا يدهن بمداهنها، وعلّل بنجاستها. وقال: كيف يجعل الدهن في الميتة، ويمتشط لحيته بعظام الميتة، وهي مبلولة؟[5].

وأجاز مطرف وابن الماجشون بيع أنياب الفيل مطلقاً.

وأجازها[6] ابن وهب وأصبغ، [إذا اغتليت][7].

---

(١) منها: سقطت من الأصل.

(٢) س: أكل جميع.

(٣) يعنى: سقطت من س.

(٤) س: فقال.

(٥) المدونة: ٤/ ١٦١. كتاب البيوع الفاسدة ـ في بيع الزبل والرجيع وجلود الميتة والعذرة.

(٦) س: وأجازه.

(٧) إذا اغتليت: سقطت من الأصل.

ومنها بيع جلود الميتة. وروى ابن القاسم في الكتاب أيضاً المنع من بيعها وإن دبغت[1].

ورأى الإمام أبو عبد الله أن هذا القول هو مقتضى القول بأنها لا تطهر بالدباغ. وقال: وأما إذا فرّعنا على أنها تطهر بالدباغ طهارة كاملة فإنا نجيز بيعها لإباحة جملة منافعها.

ولنقتصر على هذا القول في هذا الشرط.

الشرط الثاني: أن يكون المبيع منتفعاً به.

فلا يصح بيع مَا لَا منفعةَ فيه، لأنه مِن أكْل المال بالباطل، بل لا يصح ملكه[2].

وفي معناه ما كانت فيه منافع إلا أنها كلها محرمة، إذ لا فرق بين المعدوم حساً والممنوع شرعاً[3].

فأما ما تنوّعت منافعه إلى محلَّلَة ومحرَّمَة، فإن كانت المنَافع المقصودة من العين في أحد النوعين خاصة، كان الاعتبار بها والحكم تابعاً لها، فاعتبر نوعها وصار الآخر كالمعدوم. وإن توزعت[4] في النوعين لم يصحّ البيع، لأن ما يقابل ما حرم منها مِن أكْل المال بالباطل، وما سواه من بقية الثمن يصير مجهولاً. وهذا التعليل يطرد في كون المحرم منفعة واحدة مقصودة، كما يطرد في كون المنافع[5] / بأسرها [٣ / أ]

(١) المدونة: ٤/ ١٦٠. (كتاب البيوع الفاسدة في بيع الزبل والرجيع وجلود الميتة.

(٢) س: تملكه.

(٣) المشهور في المذهب المالكي أن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً حقيقة، كما قال الإمام المقّري.

وقد عقد الونشريسي لذلك قاعدة. انظر كتابه: (إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: ١٣٨ وما بعدها).

(٤) توزعت: غير واضحة في الأصل.

(٥) مجهولاً... المنافع: مطموس في الأصل.

محرمة. وهذا النوع وإن امتنع بيعه لما ذكرنا من الوجهين، فملكه صحيح لينتفع مالكه بما فيه من منفعة مباحة.

فـــرع:

لو تحقق وجود منفعة محرمة، ووقع الالتباس في كونها مقصودة، فمن الأصحاب من يقف في حكم جواز البيع، ومنهم من يكره ولا يمنع ولا يحرم. ويكفي من أمثلة هذا الأصل على اتساعها[1] مسألة بيع كلب الصيد، فإذا بُني الخلاف فيها على هذا الأصل، قيل: في الكلب من المنافع كذا وكذا، وعددت جملة منافعه، ثم نظر فيها، فمن رأى أن جملتها [محرمة منَع، ومن رأى جملتها محلَّلَة][2] أجاز. ومن رآها متنوعة[3] نظر: هل المقصود المحلّل أو المحرم، ثم جعل الحكم للمقصود. ومن رأى أن منفعة واحدة منها محرّمة وهي مقصودة منع أيضاً على ما نبيّن. ومن التبس عليه كونها مقصودة وقف أو كره كما تقدم.

ثم إذا تقرر اشتراط المنفعة فيكفي مجرّد وجودها وإن قلّت، ولا يشترط كثرة القيمة فيها ولا عزة الوجود، بل يصح بيع الماء والتراب والحجارة لتحقق المنفعة وإن كثر وجودها وقلّت قيمتها.

ويجوز بيع لبن الآدميات، لأنه طاهر منتفع به.

قال الشيخ أبو الطاهر: وأجاز الأصحاب بيع السباع لأخذ جلودها.

ثم قال: وهو إما بناء على القول بالكراهية فيها فتطهر جلودها بالذكاة[4]، وإما لأن الدباغ يبيح استعمالها.

وقال ابن حبيب: بيع جلود السباع والصلاة عليها حرام.

---

(١) س: على اتساعه.

(٢) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٣) في الأصل: متبوعة، وهو تصحيف.

(٤) فيها... بالذكاة: مطموس في الأصل.

الشرط الثالث: أن يكون مقدوراً على تسليمه.

فلا يصح بيع الطير في الهواء، والسمك في الماء، والبعير[1] الشارد والآبق والمغصوب، إلا أن يباع الآبق والشارد ممن قد وجدهما وحصلا تحت قبضته، والمغصوب من غاصبه ولم تبعد عينه مدة عن مالكها، أو ثبت عنده بقاؤها على صفاتها، أو عرف ما انتقلت إليه، فيصح حينئذ بيعه لها.

ولا يجوز شراء الإبل المهملة في الرَّعْي وإن رآها المبتاع، لأنه لا يدري متى تؤخذ وهي تستصعب.

قال ابن القاسم: وأخذها خطر.

وكذلك المهارَى والأفلاء[2] الصعاب بالبراءة، وهي كبيع الآبق.

وفي العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم: أنه لا يجوز بيع الصعاب من الإبل وما لا يؤخذ إلا بالأوهاق[3] ولا يعرف ما فيها من العيوب، وربما عطبت في أخذها.

قال ابن حبيب: بيعت بالبراءة أو بغير البراءة.

وفروع هذا الشرط كثيرة، إلا أن الضابط لها أن كل ما عجز عن تسليمه حيّاً فلا يجوز بيعه، فأما ما عجز عن تسليمه شرعاً لحقّ آدمي، فيصح البيع فيه، لكن يقف اللزوم على اختيار من تعلق حقه به، كالمرهون فإنه يصح بيعه، ويقف اللزوم على إجازة المرتهن إذ الحق له. فيكون اشتراطه في اللزوم لا في الصحة، إذ هي حاصلة بدونه.

---

(١) البعير: سقطت من س.

(٢) الأفلاء جمع فِلْو، بكسر الفاء وهو الجحش والمهر فطما أو بلغا السنة (ترتيب القاموس: فلو).

(٣) الكلمة غير واضحة في الأصل وقد أثبتت من س. والأوهاق: جمع وَهَقٍ ـ ويسكن ـ: الحبل يُرمى في أنشوطة فتؤخذ به الدابة والإنسان (القاموس المحيط: وهق).

وكذلك العبد الجاني إذا تعلق برقبته أَرْش[1] الجناية ثم باعه سيده بعد علمه صح البيع أيضاً، ووقف[2] اللزوم، فإن دفع الأرش لأهل الجناية لزم البيع إن علم المبتاع بجنايته، وإن أبى أن يغرم الأرش أُحلِف: ما أراد حمل الجناية، فإن حلف فالخيار لأهل الجناية في إمضاء البيع وأخذ الثمن أو في فسخه وأخذ العبد لهم.

قال غير ابن القاسم: إلا أن يشاء المبتاع دفع الأرش لهم فذلك له، ويرجع بالأقل من الأرش أو الثمن.

قال ابن القاسم: ولو فداه البائع فللمبتاع ردّه بهذا العيب إلا أن يكون بَيَّنَه[3] البائع.

قال غيره: هذا في العمد، فأما الخطأ فلا، وهو كعيب ذهب.

فروع جرى ذكرها في الكتاب تناسب ما نحن فيه.

فمنها أنه أجاز بيع عمود عليه بناء للبائع[4].

قال الإمام أبو عبد الله: والذي ذكره من جواز هذا يفتقر إلى شرطين:

أحدهما: أن يكون هذا البيع لا يتضمن إضاعة مال وفساده، مثل أن يكون البناء الذي على العمود كبيراً مقداره كثيراً ثمنه، بحيث يعلم أن هدمه وإفساده لأخذ ما يتعوضه في العمود من ثمن نزر لا يفعله إلا السفهاء أو من لا دِين له ولا يُحْسِن تدبير المال.

والشرط الثاني: أن يكون / يُؤْمَن على العمود إذا قُلِع ونُقِل من [٣/ ب]

---

(١) الأرش: دية الجراحات والجمع أروش (المغرب: أرش).

(٢) في الأصل: وقع، وهو تصحيف.

(٣) س: إن كان أعلم المبتاع بجنايته.

(٤) س: بيته له.

مكانه من فساده وكسره، فإنه إذا لم يُؤْمن ذلك عليه صارت المعاوضة على ذلك غرراً[1]، إذ لا يعلم المشتري هل يحصل له ذلك أم لا، وعلى أي صفة يحصل.

واعتبار هذا الشرط لإمْكان التسليم حسّاً، واعتبار الشرط الأول يرجع إلى إمْكان التسليم شرعاً لما فيه من إتلاف المال.

وأجاز أيضاً أن يُشْتَرى هواء فوق هواء، ويُلْزَم الأسفل بالبناء ليَتَوصَّل صاحب الأعلى إلى بناء ملكه.

قال الإمام: ويحتاج إلى معرفة صفة هذا البناء في القوة والضعف لينتفي بذلك الضرر[2].

وأجاز أيضاً شراء غرز جذوع في حائط.

قال الإمام أبو عبد الله[3]: وذلك ينقسم إلى ما تذكر فيه مدة [فيكون حكمه حكم الإجارة فينفسخ العقد بانهدام الجدار، وإلى ما لا يتعين فيه مدة][4]. بل يجعل على التأبيد، فيكون كالمضمون، فإن انهدم الحائط لزمه أن يعيده، ليغرز صاحب الخشب خشبه فيه. كما أن على صاحب السفل إذا انهدم أن يبنيه ليجعل[5] صاحب العلوّ عليه علوّه، فبناء الحائط هو تمكينه من التسليم. وكذلك بناء الهواء الأسفل.

---

(١) المدونة: ٤/ ٢١٨. كتاب بيع الغرر- في الرجل يشتري من الرجل عموداً له، وعليه بنيانه، أو جفن سيفه بلا حلية.

ونصها: (قلت: أرأيت إن اشتريت عمود رخام من رجل قد بنى على عموده ذلك غرفه في داره، أيجوز هذا الشراء، وانقضُ العمودَ إن أحببتُ؟ - قال: نعم وهذا من الأمر الذي لا يختلف فيه أحد بالمدينة علمته، ولا بمصر).

(٢) س: الغــرر.

(٣) أبو عبد الله: لم ترد في س.

(٤) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٥) س: ليحمل.

الشـرط الرابع: أن يكون المبيع معلوماً للمتعاقدين.

ثم يتعلق العلم بعين المبيع وقدره وصفته.

أما العين فالجهل بها مبطل، ونعني به: إذا قال: بعت منك عبداً من عبيدي أو شاة من هذا القطيع بطل.

وأما إذا قال: بعت منك صاعاً من هذه الصبرة، فإن البيع يصح إذ أَجْزَاءُ الصبرة متساوية، وليس المقصود من الحبوب أعيان آحادها. ويستوي في ذلك كون الصبرة معلومة الصِّيعان أو مجهولتها.

وأما القدر، فالجهل بما في الذمة ثمناً كان أو مثموناً مبطل إذا جهل جملة وتفصيلاً كقوله: بعت بوزن[1] هذه الصنجة وهي مجهولة الوزن.

وإن علمت جملة الثمن وجهل تفصيله، ففي الكتاب في صحة هذا البيع: قولان.

ومثله أن يشتري عبدين لرجلين في صفقة واحدة بثمن واحد، ولم يعين ما لكل واحد منهما، فلا يصح في أَشْهَر قولين لابن القاسم لجهالة الثمن المختص بعبد كل واحد منهما عنده.

ورأى في قوله الآخر، وهو قول أشهب وسحنون، صحةَ البيع فيهما إلا أن كلّ واحد منهما يخرص[2] قدر ثمن سلعته، فلا يكون التفاوت إلا يسيراً مما لا يفسد البيع، [بل يقع معفواً عنه.

أما إذا جهلت جملة الثمن وعلم تفصيله فلا يمنع ذلك صحة

---

(١) س: بعتك بزنة.

(٢) الأصل: يحرس، وس: يخرس، والمناسب للسياق ما أثبتناه. والخرص: هو الحَزر، يقال خرصت النخل والكرم أخرصه خرصاً إذا حزرت ما عليها من الرطب تمراً ومن العنب زبيباً، وهو من الظن، لأن الحزر إنما هو تقدير بظن. وخرص العدد يخرصه خرصاً وخرصاً: حزره (اللسان: خرص).

البيع][1] كما لو قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، فإنه يصح وإن كانت مجهولة الصِّيعان، لأن تفصيل الثمن معلوم ينتفي الغرر عنه، وإن لم تُعلم جملته.

وإذا تعين المعقود عليه لم يشترط فيه كيْل ولا وزن، بل يكفي عيان صبرة الحنطة وسائر الحبوب، وكذلك كل ما المطلوب منه مبلغه وتتساوى الأغراض في آحاده.

قال الشيخ أبو الطاهر: وعلى هذا يجوز بيع المكيلات والموزونات جزافاً.

قال: وأما المعدودات فإن قلت أثمانها جاز بيعها جزافاً، وإن كثرت أثمانها واختلفت آحادها اختلافاً بيّناً كالثياب والجواهر ومما في معنى ذلك لم يجز بيعها جزافاً.

قال: لأنها إذا طلبت آحادها أو جملتها كان الغرر فيها من وجهين، فيمنع البيع لكثرة الغرر، بخلاف ما إذا كان المطلوب الجملة دون الآحاد فإن الغرر من وجه واحد، فيكون قليلاً، فلا يمنع صحة البيع.

قال: وأما العين فإن كان مكسوراً أو مصوغاً فهو بمنزلة العروض يرجع إلى الحصر الذي قدمناه. وينظر هل المطلوب آحاده أو مبلغه.

وإن كان مسكوكاً فههنا جل أهل المذهب يرون أنه إذا كان التعامل فيه بالوزن جاز بيعه جزافاً، لأن المطلوب مبلغه، وإن كان التعامل فيه بالعدد لم يجز بيعه جزافاً، لأن المطلوب حينئذ آحاده ومبلغه.

قال: وحكى القاضي أبو الحسن الكراهية.

قال: ولعل الغرر قلّ عنده لما تماثلت الآحاد.

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

قال: وانفرد أبو الوليد الباجي، فرأى أنه إن كان التعامل به بالعدد[1] لم يجز الجزاف قولاً واحداً، وإن كان التعامل به وزناً جرى على القولين، وهما على الخلاف في الدنانير والدراهم هل تتعين أو إنما تتعلق بالذمة؟ فإن قلنا: إنها تتعين، جاز / بيعها جزافاً، وإن قلنا: لا [٤/أ] تتعين، فإنها تتعلق بالذمة، ولا يجوز بيع ما يتعلق بالذمة [جزافاً][2].

فــرع:

إذا اشترى الصبرة، وتحتها دكة تمنع من تخمين القَدر، فإن تبايعا على ذلك لم يصحّ البيع للغرر، وإن اشترى فظهرت ثبت له الخيار.

ويستوي في صحة بيـع المشترى جزافاً كونه ملقى بالأرض أو في ظروف[3] فيجوز شراؤه في الظروف جزافاً، وإن لم يعلم مبلغـه إلا بالحَدْس.

قال محمد: ولا يجوز شراء ملء الظرف الفارغ، وإن عَيَّن ما يُمْلأَ منه ووَصَفَه[4] فلا يجوز. ولا يجوز[5] شراء ملء الغرارة الفارغة من قمح وغيره مشاهَداً كان أو موصوفاً، أو ملء قارورة من زيت أو غيـره مشاهداً كان أو موصوفاً، بل لو اشترى ما في الظرف ففرغه له لم يصح أن يشترى منه مِلْئَه دفعة أخرى، وإنما يصح أن يشترى ما في الظرف بعد أن يملأهُ.

ووجه هذا أن المقصود تَعَيُّنُ[6] العقود.

---

(١) س: إن كان التعامل في بيعه بالعدد.

(٢) جزافاً: سقطت من الأصل.

(٣) س: أو بظروفه.

(٤) س: أو صفته.

(٥) ولا يجوز: سقطت من س.

(٦) تعين: طمست في الأصل.

فإن كان الظرف مملوءاً صار البيع جزافاً شرعياً[1] فالقصد العقد على مرئيّ يحدس مبلغه.

وإن كان[2] الظرف فارغاً فالمبيع غير مرئيّ والقصد العقد على مكيل بمكيال غير معلوم النسبة من المكيال المعتاد.

واختلف الأصحاب إذا وقع التبايع بمكيال مجهول، هل يفسخ البيع أم لا؟.

فقال أشهب: لا يفسخ، وقال غيره: يفسخ.

ويشترط في بيع الجزاف مساواة المتبايعين في عدم العلم، بمقدار المبيع جزافاً، فإن انفرد البائع بعلم المقدار عن المشترى فإن كان ذلك بعلم المشتري فسد العقد لأنه خِطار[3] وإن كان بغير علمه، لكن ظهر له بعد التبايع أنه كان يعلم كيل الصُّبْرة، وكتمه عنه، ثبت للمشتري الخيار في التزام البيع أو ردّه.

وأما الصفة فلا يشترط معرفتها بالعيان، بل يقوم استقصاء الوصف مقامه على تفصيل نبيّنه، وهو أن العين الغائبة إن كانت بعيدة جداً كإفريقية من خراسان وشبه ذلك، لم يصح بيعها على الصفة بوجه لكثرة الخطر والغرر فيه، وكذلك إن كانت قريبة جداً مع إمكان الاطلاع عليها من غير مشقة، ولا فائدة في بيعها على الصفة، فإن المعروف من المذهب أنه لا يجوز بيعها على الصفة، لأنه عدول عن المعاينة إلى الخبر من غير مُقْتَضٍ لذلك، فيلحق بالمخاطرة والتغرير. فإن كان في رؤيتها[4] كلفة ومشقة جاز بيعها على المشهور من المذهب.

---

(١) شرعياً: طمست في الأصل.

(٢) س: فإذا كان.

(٣) الخطر في الأصل: الرهن، وما يخاطر عليه ومثل الشيء وعدله. والمخاطر بنفسه: هو الذي يلقيها في الهلكة (اللسان: خطر).

(٤) في الأصل: رؤيته.

ونزّل الأصحاب ما وقع في الكتاب من تجويز العقد بالسوق على سلعة بالبيت[1] على ما إذا كان في رؤيتها مشقة وكلفة. وأجازوا في المشهور أيضاً بيع ما كان على مسافة يوم، وبيع ما في الأعْدال على البرنامج، وبيع الساج المدرج في جراب[2] لمشقة الحل والنشر.

وروي في كتاب محمد المنع من العقد بالسوق على سلعة في البيت.

وقال في مختصر ما ليس في المختصر: لا تباع سلعة حاضرة ولا غائبة على مسيرة يوم على الصفة، ولا على البرنامج.

وقال ابن حبيب: يجوز بيع الأعدال على البرنامج، ولا يجوز بيع الساج مدرجاً في جراب[3].

وفي المبسوط قال مالك في الساج مدرج في جرابه والثوب القُبطيّ المدرج في طيّه: لا يجوز بيعهما حتى يُنْشَرا، وينظر إلى ما في أجوافهما، وقال: إن بيعهما من الغرر، وهو من الملامسة[4].

قال مالك: بيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج في جرابه، والثوب في طيه، وما أشبه ذلك. فرق [بين][5] ذلك الأمر المعمول به، ومعرفة ذلك في صدور الناس، وما مضى من عمل الماضين فيه، وأنه لم يزل من بيوع الناس الجارية بينهم التي لا يرون بها بأساً بيع

---

(١) المدونة: ٤/ ٢٠٩. كتاب بيع الغرر، في الرجل يشتري السلعة الغائبة قد رآها أو بصفة...

(٢) و(٣) س: في جرابه.

(٤) قول مالك هذا، وارد أيضاً في الموطأ، كتاب البيع، الملامسة والمنابذة. وقد فسر مالك الملامسة بقوله: أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبيّن ما فيه أو يبتاعه ليلاً، ولا يعلم ما فيه (تنوير الحوالك: ٢/ ٧٦- ٧٧).

(٥) بين: سقطت من الأصل.

الأعدال على البرنامج ولا ينشرونها، لأن ذلك لا يراد به الغرر، وليس يشبه الملامسة[1].

قال الشيخ أبو الطاهر: وسبب الخلاف النظر إلى اشتراط الرؤية في هذه المواضع المختلف فيها، هل فيه مشقة أم لا؟.

قال: وهو خلاف في حال، فإن اقتضت ضرورة أو حاجة بيعه[2] على الصفة جاز، وإلا لم يجز.

هذا حكم طرفي البعد والقرب.

فأما ما قصر على البعد وارتفع عن القرب[3] فكان بين ذلك، فجائز بيعه على الصفة والرؤية المتقدمة.

[٤/ ب] ووقع في الكتاب / ما يقتضي جواز العقد على السلعة الغائبة من غير رؤية ولا صفة، ولكنه اشترط خيار الرؤية[4].

وذهب القاضيان أبو الحسن وأبو محمد إلى منع هذا العقد.

وأنكره أيضاً الشيخ أبو بكر، وقال: إنه خلاف الأصول.

فأما البيع على الصفة فيشترط في صحته شروط تتبيّن برسم فروع متتالية، وهي: حيث قلنا بجواز البيع على الصفة فيجب أن نذكر الصفات المقصودة التي تختلف الأغراض بسببها والأثمان باختلافها. إذ لا يرفع الغررَ إلا ذكرُها.

ثم إذا ذكرت ففي كتاب محمد والعتبية أن الشرط في الصفة أن

---

(١) تنوير الحوالك: ٢/ ٧٧.

(٢) في الأصل: لبيعه.

(٣) س: عن البعيد وارتفع عن القريب.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٤- ١٨٣. كتاب بيع الخيار، في الرجل يبتاع السلعة على أنه بالخيار إذا نظر إليها.

يصف غير البائع لأنه قد لا يوّثق بصفته إذ قد يقصد الزيادة في الصفة لينفق سلعته.

قال أبو الحسن اللخمي: ويكون المشتري ممن يعرف ما وصف له.

ثم إذا وافق المبيعُ الصفةَ فلا خيار لأحدهما، فإن اختلفا في الصفة التي وقع العقد عليها فالقول قول المشتري، وإن اتفقا في الصفة واختلفا في كون المبيع عليها رجع في ذلك إلى أهل المعرفة.

ويصح بيع الأعمى وشراؤه لضرورة التعامل، ويعتمد على الصفة وسواء طرأ عليه العمى أو ولد أعمى.

وقال أبو جعفر الأبهري: لا يصح بيع [من][1] ولد أعمى ولا شراؤه، لأنه لا يقف على حقائق المدرك بمجرد الوصف.

وأما البيع على رؤية متقدمة فيشترط في صحته أن لا تطول مدة الرؤية طولاً يتوقع [فيه][2] تغيّر المبيع عادة.

فــــرع:

لو تبايعا على رؤية سابقة من مدة غير طويلة، ثم تنازعا في كون المبيع باقياً على الصورة المرئيّة، ففي الرجوع إلى قول البائع أو المبتاع قولان لابن القاسم وأشهب.

وخرج الشيخ أبو الطاهر خلافهما على الخلاف في تبعيض الدعوى.

ثم في معنى رؤية المبيع سابقة على عقد البيع أو مقارنة له رؤية

---

(١) من: سقطت من الأصل.

(٢) فيه: سقطت من الأصل.

بعضه إذا دل على الباقي لكونه من جنسه أو كان صوّاناً[1] له خلقة كقشر الرمان والبيض وشبهه.

فـــروع:

الأول: في ضمان الغائــب.

والظاهر من المذهب ضمان المبيع الغائب من بائعه إلا أن يشترطه على المشتري.

وروي أنه من المشتري إذا أدركته الصفقة سالماً.

وروي أن الضمان من البائع إلا في الديار والعقار.

وقال ابن حبيب: الديار والعقار من المشتري، وما كان سوى ذلك قريب الغيبة يجوز اشتراط النقد فيه، فمصيبته من البائع. وما كان بعيد الغيبة لا يجوز النقد فيه، فمصيبته من المشترى.

الفـرع الثانـي، وهـو مرتـب:

حيث قلنا: إن الضمان من المشتري، فتلفت السلعة فتنازعا في سلامتها حين العقد ففي تعيين المدعي منهما قولان لتعارض أصل السلامة والضمان.

الفـرع الثالـث، فـي النقـد:

ويجوز النقد في بيع الغائب من غير شرط، فإن كان بشرط فسد العقد، لأنه خطار، ويؤدي إلى أن يكون [المنقود][2] تارة سلفاً وتارة ثمناً، إلا فيما قربت غيبته من غير الحيوان للأمن من ذلك فيه غالباً، وكذلك في المأمون كالعقار ونحوه، وإن بعدت غيبته عند ابن القاسم.

---

(١) في الأصل: صوبا.

(٢) المنقود: سقطت من الأصل.

وسوَّى أشهب بين العقار وغيره، فمنع النقد[1] فيما بعدت غيبته من جميع ذلك، وأما ما قربت غيبته من الحيوان فقيل: يجوز النقد فيه كغيره مما قربت غيبته، وقيل: لا يجوز ذلك فيه لسرعة تغيّره بخلاف غيره.

فـــرع:

حيث قلنا:[2] قرب المدة وبعدها، فاختلف في تحديد البعد[3] فيها على خمسة أقوال:

اليوم ـ واليومان ـ ونصف اليوم ـ والبريد ـ والبريدان.

الشرط الخامس: وهو المختلف في حكمه. كون المبيع مملوكاً للعاقد أو لمن عقد له.

ومقتضى ما حكاه الشيخ أبو إسحاق أنه من شروط الصحة أيضاً كالتي تقدمت عليه، إذ قد حكى رواية بأن من باع ملك الغير من غير إذن لم يصح بيعه، وإن أجازه المالك.

وأما على المشهور من المذهب أن البيع يصحّ ويقف اللزوم على إجازة المالك، فهو شرط في اللزوم والانبرام[4] لا في الصحة والانعقاد.

فـــرع:

إذا باع الغاصب المغصوب فلم يُجِز المالك، لكن[5] باعه من الغاصب، لم يكن للغاصب نقض البيع الذي باعه أوّلاً / لأنه كمن عمل [٥/أ]

---

(١) في الأصل: النقد، وهو تصحيف.

(٢) س: حيث اعتبرنا.

(٣) في الأصل: القرب.

(٤) في الأصل: صحفت الانبرام إلى الالتزام.

(٥) س: لكنه.

في إمضاء [ما][1] عقد فليس له أن يتسبب في نقضه، بخلاف المودَع يتعدّى على الوديعة فيبيعها ثم يرثها، فإن له نقض البيع إذ لا تسبب له في الميراث.

---

(١) ما: سقطت من الأصل.

الباب الثاني

في الفساد بجهة الربا

قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب مِثْلاً بمثل، والفضة بالفضة مِثْلاً بمثل، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أرْبَى. بيعُوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شِئتم يداً بيد، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شِئتم يداً بيد»(1).

ومقتضى هذا أن من باع شيئاً من هذه الأعيان الستة بجنسه، فليرع المماثلة فيه بالمعيار [الشرعي](2) أو العادي إن لم يكن، والحلول أعني ضدّ النسيئة، والتقابض، فلا يتأخر التقابض(3) عن العقد، ولا يقبل في ذلك حوالة ولا حمالة ولا نظرة، بل لو طال بينهما المجلس من غير قبض لبطل العقد لقوله ﷺ: «إلا هاء وهاء، يداً بيد»(4).

فإن باعه بغير جنسه سقطت رعاية المماثلة في القدر.

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب الربا بلفظ قريب من هذا، وأخرجه أيضاً أهل السنن. انظر (طريق الرشد إلى تخريج أحاديث بداية ابن رشد: ٥٥- ٥٦ رقم ١١٢٤).

(٢) الشرعي: سقطت من الأصل.

(٣) س: القبض.

(٤) انظر: الموطأ، كتاب البيع، ما جاء في الصرف (تنوير الحوالك: ٢/ ٦٠- ٦١). الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في الصرف (صحيح الترمذي بشرح ابن العربي: ٥/ ٢٥٢).

ثم في معنى الأعيان المنصوص عليها ما شاركها في المقتضي لحكمها. وقد اتفق أهل المذهب على اتحاد المقتضي في النقدين دون تحقيقه، واختلفوا في اتّحاده في الأعيان الأربعة وفي تعيينه على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

وقد اشتمل الحديث على بيان جنسي الربا، أعني ربا النسيئة وربا التفاضل في الأعيان الستة، واندرج تحتها ما في معناها. ولنفرد كلَّ جنس بالكلام عليه.

[ربا النّساء]

أما الجنس الأول: وهو ربا النساء فعلِّة تحريمه ووجوب التقابض الطعمُ، فتُطلَب المناجزة في كل ما ينطلق عليه اسم طعام، ربويًّا كان أو غير ربويّ.

ويدخل في ذلك رطب الفواكه والخضر والبقول.

وإذا تقرر تعلُّقُ الحكم بالطعام لم يعمّ سائر ما يتطعّم غذاء كان أو دواء، بل يخصّ منه الغذاء دون الدواء.

وقد انقسم ما يتطعم بالإضافة إلى هذا الحكم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما اتفق على أنه طعام يجري فيه هذا الحكم كالذي ذكرناه من الفواكه والخضر والبقول والزرارع التي تؤكل غذاء، أو يعتصر منها ما يُتَغَذّى به من الزيت كحب القرطم وزريعة الفجل الحمراء، وما أشبه ذلك.

والثاني: ما اتفق على أنه ليس بغذاء، بل هو دواء كالصبِر والزعفران والشاهترج وما أشبهها[1].

والثالث: ما اختلف فيه للاختلاف في أحواله وفي عادات[2] الناس

(١) س: وما يشبهها.

(٢) س: وعادات.

فيه، فمنه[1] الطلع والبلح الصغير، ومنه[2] التوابل كالفلفل والكزبرة، وما في معناهما من الكمونين والرازيانج والأنسيون، ففي إلحاق كلّ واحد منهما بالطعام قولان، سببهما ما تقدم ذكره.

ومنه الحِلبة، وفي إلحاقها بالطعام ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث فتلتحق به الخضراء دون اليابسة.

ورأى بعض المتأخرين هذا التفصيل تفسيراً، وأن المذهب على قول واحد في إلحاق الخضراء بالطعام واليابسة بالدواء.

ومنه الماء العذب، قيل بإلحاقه بالطعام لما كان مما يتطعّم وبه قوام الأجسام والحاجة إليه أشد من الحاجة إلى القوت.

وقيل بمنع إلحاقه به، لأنه مشروب وليس بمطعوم.

[ربا الفضل]

وأما الجنس الثاني، وهو ربا الفضل، فالكلام عليه يتنوّع إلى الكلام في النقدين وفي الأطعمة.

النوع الأول: في بيان حكم الربا في النقدين، وهو: باب الصرف.

والعلة في تحريم الربا في النقدين الثمنية.

وهل المعتبر في ذلك كونهما ثمنين في كل الأمصار، أو في جلها وفي كل الأعصار، فتكون العلة بحسب ذلك قاصرة عليهما، أو المعتبر مطلق الثمنية، فتكون متعدية إلى غيرهما؟ في ذلك خلاف ينبني عليه الخلاف في جريان الربا في الفلوس إذا بيع بعضها ببعض أو بذهب أو بورق.

---

(١) في الأصل: فمنها.

(٢) في الأصل: ومنها.

ويعمّ جميعَ أنواع بيع النقد بالنقد طلب المناجزة ويخصّ بيع الصنف بعضه ببعض طلب المساواة والمماثلة.

ولهذا انحصر مقصودنا من هذا الباب في ثلاثة أركان:

الأوّل: في تحصيل المناجزة وذكر ما ينافيها.

والثاني: في تحصيل المماثلة وما تصح به والاحتراز من فسادها.

والثالث: النظر في خواص كل واحد من المبادلة والمراطلة وما يتعلق بذلك من أحكام الاقتضاء.

[أحكام المناجزة]

الركن الأول: في أحكام المناجزة.

وتنحصر في ثلاثة فصول:

الفصل الأول

فيما يجري مجرى المقدمات

وينحصر في ثلاث مسائل:

الأولى: حكم المواعدة.

وفيه ثلاثة أقوال: المنع والجواز والكراهة.

فالمنع لأصبغ في كتاب أبي زيد. قال: ويفسخ إن وقع، وقاسه على المواعدة في العدة.

والجواز لابن نافع في السليمانية قال: وما سمعت أنّ أحداً كرهه، وقطع الإلحاق بأن المنع ثَمَّ خشية إتمام العقد وهو المطلوب ها هنا.

والكـراهة لمـالك وابن القـاسم. وهو قـول من أجـاز، وراعى الخلاف.

وحكى أبو محمد عبـد الحق أن الكراهيـة للنهي عن اختلاف الوعد، فكأنها لهذا تشبه العقد، وأما التعريض فلا يمنع.

الثانيـة[1]: الخيـار.

وفيــه قـولان: المشهـور منعـه.

وحكى القاضي أبو الوليد وغيره جوازه.

وحكى الشيخ أبو إسحاق في زاهيه روايتين، وهما على الخلاف فـي حقيقة بيع الخيار، وهل ملَك مستثنيه حلَّ العقـد فيكون عقـداً متراخياً، أو ملَـك إبرامَه فيكون منحلاًّ؟.

الثالثـة[2]: الوكالـة على الصـرف.

وهي جائزة إن تولّى الوكيل العقد والقبض، وأما إن تولى أحدهما خاصة.

فأما القبض فإن غاب المـوكل حين القبض فسد الصرف، وإن كان بحضرة الموكل صح. وقد روي المنع مطلقاً.

وحمله القاضي أبو الوليد على إطلاقه وجعل المذهب على قولين في اشتراط قبض الموكّل بنفسه في صحة الصرف.

وأما العقد فحكم الوكيل فيه حكم الموكل في المسألة الأولى.

---

(١) س: المسألة الثانية.

(٢) س: المسألة الثالثة.

الفصــل الثانـي:
فيما يجـري مجـرى الصـورة.

وله حالتــان: حالة كمال، وحـالـة إجــزاء.

فحالة الكمـال أن يبرزا النقدين ويتناجزا سريعاً.

وحالة الإجزاء أن يكون النقدان أو أحدهما في كمّ المصرف أو تابوته الحاضر ويتناجزا.

فإن كان النقدان أو أحدهما غائباً يؤتَى به من موضعه بطل الإجزاء.

واختلف في ست مسائل:

الأولى: صرف ما في الذمـة.

فالمشهور صحته إن كان حالاً. وحكى المتأخـرون عن أشهب الإبطال، وأحالوه على المولدات.

ولو تصارفا على ما في ذمة كل واحد منهـما وقد حلّا، جرى على القولين أيضاً.

وإن كان مؤجلاً فالمشهور منعه، وأجازه القاضي أبو إسحاق.

قال بعض المتأخرين: وهذا هو الأقيس.

وإنما قدر ـ في المشهور ـ أن المعجل متسلّف، فإن حل الأجل قبض من نفسه، وهو بناء على تقدير توهم[1] الممنوع كوجوده.

قال: وعلى هذا الأصل بُنِيَ[2] كثير من بيوعات الآجال.

الثانية[3]: الصرف على [ما في][4] الذمة.

(١) توهم: سقطت من س.

(٢) س: بناء.

(٣) س: المسألة الثانية.

(٤) ما في: سقطت من الأصل.

ومثاله: أن يعقد صرفاً ثم يتسلّف ما عقد عليه، ولا شك في منعه إن طال.

وإن قرب، فإن تسلّفا جميعاً منع، وإن تسلف أحدهما فقولان، صحح ابن القاسم، وأبطل أشهب قياساً على تسلفهما، وفرق للتصحيح بأنه مبنيّ على علم أحد المتبايعين بالفساد وفيه قولان.

فإذا عقد على ما ليس عندهما، فقد علما فيبطل، وباتهام المتسلف أن يظهر ذلك ليبطل العقد فصحح نقضاً لغرضه، وبأنه متى كان التسلّف[1] منهما طال، بخلاف ما إذا كان من أحدهما.

ويخرّج على هذه التعاليل أن علمهما بتسلف أحدهما يبطل على التعليل الأوّل قولاً واحداً، وأن المتسلف إذا علم أنه محقّ أن لا شيء معه بطل على التعليل الثاني، وأنهما لو تسلفا معاً وكان كقدر تسلف أحدهما لصح على مقتضى التعليل الثالث.

وكذلك هو عند ابن القاسم، وهو رأي أبي الحسن اللخمي.

الثالثة[2]: صرف المغصوب. وله ثلاث صور:

الأولى: أن يكون مصوغاً قائم / العين. فالمنصوص أنه لا يجوز [٦/ أ] صرفه حتى يحضر.

والصورة الثانية أن يكون مصوغاً غير قائم العين. فإن ذهبت عينه [جملة][3] فقد ضمن، وهل تضمن قيمته أو وزنه؟ قولان.

---

(١) في الأصل: المتسلف.

(٢) س: المسألة الثالثة.

(٣) جملة: سقطت من الأصل.

التفـريـــع:

إن قلنا بضمان القيمة صرفت قيمته، وهذا هو المشهور.

وإن قلنا بضمان الـوزن صرف وزنـه، وكان في القيمـة أو في الوزن[1] صرف ما في الذمة.

وإن لم تذهب عينه حتى يكون لصاحبـه الخيار في الأخـذ أو التضمين، فيجري صرف القيمة على الخلاف فيمن خُيِّر بين شيئين فاختار أحدهما، هل يُعَدّ منتقلاً من كل واحد منهما إلى الآخر فلا يجوز صرف أحدهما، أو يعدّ كأنه لم يستحق غير ما اختار، فيجوز له صرف القيمة، وإن أراد صرف العين فيجري على ما قدَّمناه إذا كانت العين قائمة.

الصـورة الثـالثـة: المســكوك. والمنصوص جواز صـرفـه.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا مبنيّ على أن الدنانير والدراهم لا تتعيّن في الغصب.

قال: وقد ذكر أبو الحسن أن هذه رواية عن مالك.

قال الشيخ أبو الطاهر: وإشارته إلى من غصب مسكوكاً فطلب ربه أخذ عينه، فأراد الغاصب أن يعطيه غيره، قال: وهذا إن كان بينهما فرق في الحل والتحريم أو الشبهة، فلصاحبه أخذ العين بلا خلاف، وإن لم يكن بينهما فرق فقولان، والمشهور [أن][2] له أخذ عين شبيه.

قال: فيقال: كان على المشهور منع صرف المغصوب، وإنما رأى أن ربه إذا رضي بالصـرف، والأصل التعليق بـالذمـة، إذ لا يعـرف المسكوك بعينه، فأشبه صرف ما في الذمة.

---

(١) هل: أو الوزن.

(٢) أن: سقطت من الأصل.

المسألة الرابعة: صرف المرهون.

فإن كان مصوغاً ففيه قولان: المنع حتى يحضر، والجواز نظراً إلى إمكان التعلق بالذمة.

وإن كان مسكوكاً فأجيز في رواية محمد، ومنعه ابن القاسم، والجواز لإحدى علتين: حصول المناجزة بالقبول، والالتفات إلى إمكان التعلق بالذمة، فأشبه المغصوب إذ هو على الضمان إن لم تقم بيّنة بتلفه، وقولان إن قامت. والمنع نظراً إلى الحال، وهو على ملك ربه، وإنما يقبضه لنفسه عند حضوره فأشبه صرف الغائب.

الخامسة[1]: صرف الوديعة. وفي الكتاب: المنع منه[2].

وروى أشهب الجواز في المسكوك منها، واختلف في تعليله على طريقين: أحدهما أنه مبني على أن يعتقد المودِع التسلّف ثم يصارف، قاله القاضي أبو الوليد.

قال: ويجب على هذا أن لا يجوز في الحلي قولاً واحداً.

والطريق الثاني النظر إلى حصول المناجزة بكمال القول والشيء تحت يده، فعلى هذا يجري الخلاف في المصوغ. وقد ظهر تعليل المنع مما قدمناه في المرهون.

فرعان:

أحدهما: العارية، وحكمها[3] حكم الرهن. قاله القاضي أبو الوليد.

---

(١) س: المسألة الخامسة.

(٢) المدونة: ٣/ ٤٠٤. كتاب الصرف، في الرجل يستودع الرجل الدراهم، ثم يلقاه فيصرفها منه وهي في بيته.

(٣) وحكمها: طمست في الأصل.

قال بعض المتأخرين: وهو ظاهر.

الثاني: المستأجر، حكمه حكم الوديعة.

السادسة[1]: الصرف على التصديق في الوزن أو في الصفة أو فيهما.

والمشهور: أنه لا يجوز، وأجازه أشهب.

والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في مراعاة الطوارىء. فمن راعاها ـ لا سيما وهي قريبة هنا ـ منع، ومن لم يراعها ونظر إلى أن القول قول الدافع في الوزن والعدد أجاز.

الفصل الثالث
فيما يجري مجرى الطوارىء

وهي ثلاثة أقسام:

مفارقة.

ووجود نقص.

واستحقاق.

القسم الأول: المفارقة قبل التقابض، فإن بعدت اختياراً أبطلت، وهذا هو الحكم في طول المجلس وإن لم يفترقا كما تقدم. وإن قربت فالمشهور الإبطال أيضاً، والتصحيح في كتاب محمد.

وإن كانت غلبة فقولان: الإبطال والتصحيح، وهما على الخلاف في التناجز، هل هو ركن في عقد الصرف فيبطل مع التراخي كيفما تصور، أو هو شرط فلا يبطل مع الغلبة؟.

---

(١) س: المسألة السادسة.

التفــريــع.

إن قلنا بالتصحيح(1) في غلبتهما فأحْرى به في غلبة أحدهما. وإن أبطلنا فقولان.

والتصحيح في الصورتين هو اختيار القاضي أبي بكر.

/ **مسائـل ثــلاث:** [6/ب]

إحداها: أن يعقد على جملة فيجد بعضها.

فإن كان الموجود الأكثر فظاهر الكتاب إبطال الجميع(2)، وقاله محمد وأصبغ.

وحكى محمد عن ابن القاسم أنه قال: ينتقض ما يقابل المتأخر خاصة.

ونزّل بعض المتأخرين الخلاف على أنّ التناجز شرط فيبطل ما فُقِد فيه خاصة، أو هو ركن فإذا فُقِد بطَلَ العقد جملة.

وإن كان الموجود الأقلّ أو النصف، فقولان أيضاً:

أحدهما: النقض للكل، وسواء رضي الثاني بما وجد وتأخر الباقي أو لم يرض. وهو مذهب الكتاب(3).

---

(1) في الأصل: بالصحيح.

(2) في المدونة: 4/ 161. النص التالي: «قال مالك: إذا اشتراها (يعني صبرة الطعام) على أن فيها مائة إردب فوجد فيها مائة إردب إلا شيئاً يسيراً لزمه البيع فيما أصاب في الصبرة من عدد الأرادب بحصة ذلك من الثمن. قال: وإن كان الذي نقص من الصبرة الشيء الكثير لم يلزمه البيع إلا أن يشاء». انظر: كتاب البيوع الفاسدة، في اشتراء الصبرة على كيل فوجدها تنقص.

(3) المدونة: 4/ 161- 162. كتاب البيوع الفاسدة، في اشتراء الصبرة على كيل فوجدها تنقص.

وقاله محمد وأصبغ كما قدمنا.

والثاني: أن النقصَ[1] بين المتعاقدين. فإن رضي أحدهما بما أخرجه الثاني من البعض وإتباع الباقي انتقض صرف المتأخر.

وإن لم يرض صرف الجميع.

المسألة الثانية: أن يدخلا من الأوّل على قبض البعض دون البعض.

فأما ما لم يقبض فلا شك في نقضه.

وأما المقبوض فيجري على القولين[2] في الصفقة إذا جمعت حلالاً وحراماً، والمشهور نقضها، والشاذ إمضاء الحلال.

ومثار الخلاف: النظر إلى اتحاد العقد واختلاف الحكم المعقود عليه.

المسألة الثالثة: أن يدخلا على قبض الجميع ثمَّ يؤخران شيئاً.

فإن أخّرا الجلّ أو ما له قدر بطل الجميع على المشهور.

وإن أخّرا الأقلّ فقولان: الصحة والفساد.

وقال أصبغ: لو عجز الصرف حبة فأخره بها انتقض الصرف كله.

فـــرع:

لو صارفه بشيء ثم أودعه عنده بعد القبض، فإن كان مما يُعرف بعينه كالمصوغ، أو كان مطبوعاً عليه، وكان مما لا يُعرف بعينه صحَّ الصرف. وإن كان مما لا يعرف بعينه غير مطبوع عليه فيفسد الصرف نظراً إلى حماية الذرائع.

---

(١) س: النقد.

(٢) في الأصل: على قولين.

القسم الثاني: في وجود النقص.

وهو نوعان: نقص في المقدار، ونقص في الصفة.

أما النوع الأول: وهو النقص في المقدار. فإن قام به بطل الصرف على المنصوص. وقد تقدم الخلاف إذا قبض البعض دون البعض، فيجري عليه. وإن لم يقم به ورضيه، فإن كان كثيراً فقولان: النقض والصحة، ويتخرجان على ما تقدم. وإن كان يسيراً فقولان مرويان. والمنع مأخوذ مما تقدم.

والنظر إلى اليسارة أعطى[1] لها حكم التبعية.

والمشهور أن الأتباع لا تراعى.

وإن جمعت قلت: ثلاثة أقوال:

الصحة مطلقاً.

والإبطال مطلقاً.

والتفرقة: فإن كان النقص يسيراً صحّ، وإن كان كثيراً بطل[2].

فرع:

وكم مقدار اليسير؟.

أما إن كان الصرف في دينار[3] واحد فقولان: أحدهما أنه الدانق[4] والثاني: أنه النقص الذي تختلف فيه الموازين.

---

(١) س: إعطاء.

(٢) في الأصل: منع.

(٣) س: في دين.

(٤) في طرة س: الدانق: سدس الدرهم.

فإن كان الصرف في أكثر من دينار[1] أو النقص في الدراهم، فقالوا: هو أن تنقص المائة درهماً، وهذه شهادة باليسارة ما هي.

فـــرع مرتـب عليـه:

وهو: إذا قلنا بالنقض، فقال مالك وابن القاسم: ينتقض صرف دينار واحد.

وقال ابن القاسم أيضاً في العتبية: ينتقض الجميع.

وقيل: ينتقض ما قابل النقص خاصة.

وقال الشيخ أبو القاسم: إن كان سمى لكل دينار[2] ثمناً انتقض صرف دينار واحد أو دينارين[3] إن زاد النقص على الدينار.

وإن لم يسم لكل دينار منها ثمناً انتقض الصرف كله. وبهذا قال القاضي أبو إسحاق وابن أبي زمنين، ومن المتأخرين القاضي أبو الوليد وأبو القاسم بن محرز.

قال بعض المتأخرين: فأعرَوْا التسمية من الخلاف، وأجروه في الإجمال.

هذا إذا وجد النقص بعد المفارقة أو الطول، فإن وجد بالحضرة، فإن رضي بالنقص تم الصرف، وإن لم يرض ولكن أتمّ ناجزاً تمّ أيضاً.

وإن اتفقا على التمام وافترقا قبل قبضه فقال أصبغ: ينتقض الصرف كله.

وقال ابن القاسم: ينتقض صرف دينار خاصة.

---

(١) س: في دين.

(٢) س: لكل دين منها.

(٣) س: دين واحد أو دينين.

وأما النوع الثاني، وهو النقص في الصفة، فهو أن يجد ما يرد لعينه، ولا يخلو من أن يكون مما ليس فيه من النقدين شيء كنحاس ورصاص وشبههما، أو يكون مغشوشاً.

فأما الأول فاختلف المتأخرون في إلحاقه بالمغشوش أو بالنقص في المقدار على قولين.

وأما المغشوش فإن رضي واجده به صحّ الصرف. وإن ردّه فهل يجوز البدل أو / ينتقض الصرف؟ قولان: [٧/أ]

المشهــور: النقــض.

وقال ابن وهب وجماعة من المتقدمين بجواز البدل.

ومثار الخلاف: الاختلاف في الرد بالعيب، هل هو نقض العقد من أصله فينتقض، أو نقض له عند القيام فيصح البدل؟.

فــروع:

الأول: إذا قلنا بالنقض، فهل يختص بغير المعيّن؟. وأما المعيّن فيجوز فيه البدل بلا خلاف، أو يجري[1] في المعين وغيره؟ قولان.

الأول: لأبي الحسن اللخمي، وأصله لأبي بكر بن عبد الرحمن، وهو مستند إلى رواية أشهب.

والثاني: رأي جلّ المتأخرين، وأصله لأبي القاسم بن الكاتب، وهو مستند إلى رواية ابن القاسم.

وقد اختلف في هذا الأصل، وهو تعيّـن النقدين بالتعيين، وفيه ثلاثة أقوال:

---

(١) في الأصل: أو يجوز.

التعيين مطلقاً.

ونفيــــه.

والتفرقة: فيتعين إن شاء دفعه، ولا مشيئة لقابضه.

وخرّجه المتأخرون على الخلاف في شرط ما لا يفيد. قالوا: إلا أن يكون اختصاص العين بكونه حلالاً أو خاصية لا توجد في غيره، فيتعيّن بلا خلاف.

الفـرع الثـانـي:

إذا قلنا بالبـدل، وأراد أن يعطيـه به سلعـة أو غيرهـا، أو قلنا بالفسخ، وأراد تأخير ما دفع، فهل له ذلك؟ فيه خلاف جارٍ على احتياج الفسخ إلى حكم أو ثبوته بردّ المتعاقدين.

الفـرع الثـالـث:

إذا قلنا بالنقض، فهل ينقـض جميع الصرف، أو صرف ما يقابل الزائف إلى كمال دينار وأكثر منه، أو ما يقابله خاصة، أو يكون القول الأول، إن كان لم يسمّ لكل دينار ثمناً، أو الثاني إن كان سمَّى لكل دينار ثمناً على ما تقدم.

فإن اختلفت الدنانير نقض ما يقابـل الزائف إلى كمـال أقلها، فينقض الجميع بناء على نقض العقد من أصله. والاقتصار على دينار واحد التفات إلى القول بالبدل، ونظر إلى أن النقدين لا يزاد بعضها لبعض بخلاف العروض. والاقتصار على قدر الزائف بناء على القول بجواز الصرف في بعض دينار.

ووجه التفرقة ظاهر، والاقتصار على الأقلّ لأنّا لا ننقض إلا ما تدعو الحاجة إلى نقضه، وذلك يحصل بنقض الأقلّ.

الفـرع الـرابـع، وهو مرتب على هذا:

لو كان في الدنانير كسور أنصاف، وما في معنـاها، فقـال في الرواية: ينتقض كسر منها إن كان الزائف يقابله فأقلّ.

وقال القاضي أبو الوليد: إن كان أقل منه فيجري على القولين في جواز كسر القطع، فمن منع جاء منه بما في الرواية، ومن أجاز قطع بقدر الزائف.

الفـرع الخامـس:

أن يكون المختلف حلياً ويكون الزائف فيما يقابله، فإن قلنا بنقض الجميع في المسكوك فأحرى هاهنا، وإن قلنـا بنقض البعض فهاهنـا قولان، لابن القاسم: نقض الجميع، لأن هذا مما يقصد بعضه ببعض، ونقض الواحد إلا أن يكون معه أخوه فيتبعه.

وسبب القولين: النظر إلى اتحاد العقد أو إلى تعدد المبيع.

الفـرع الســادس:

إذا تساوت الدنانير وسموا لكل دينار منها مقداره من الدراهم، فرأى العراقيون أن هذه الصورة لا يختلف فيها أنه لا ينتقض الكل بوجود التسمية وتساوي الأغراض، فيكون بخلاف التسمية في السلع.

ورأى المتـأخرون من المغـاربة تسـاوي التسمية وعـدمها. قـال بعضهم: وهو مقتضى الرواية. وعلّله بأن المعتبر إما بالتسمية بانفرادها، وإما تساوي الأغراض. والأوّل باطل بالتسمية في السلع فيتعيّن اعتبار الثاني، ثم يلزمه عليه أن يكون وجود التسمية كعدمها.

الفـرع السـابـع:

إذا قام بالـرد فأرضاه عنه، فقال سحنون: القيام كالرد.

والمشهور: التصحيح، بخلاف الرد.

والقولان على الخلاف في الملحق بالعقود هل يعدّ كالمقارن فيجوز، أو لا يعد[1] كذلك فيمنع، ويصير كتأخير بعض العوض؟.

الفرع الثامن: مرتب عليه، وهو: بأي شيء تجوز المصالحة؟.

وقد أجازها أشهب مطلقاً، نقداً وإلى أجل، ورأى ذلك شراء نزاع.

وخصّ ابن القاسم الجواز بما إذا أعطاه من جنس ما دفع أوّلاً وعجّله، وهو حكم الإلحاق بالعقد الأول.

الفرع التاسع:

لو قال له بعد الصرف: استرخصت فزدني، فزاده، فهل تعد الزيادة هبة / محضة، أو تعدّ ملحقة بالأصل، فيعتبر فيها ما يجوز في الصرف؟ قولان، وهما على ما تقدم من إلحاق ما بعد العقود بها أو قطعه عنها. [٧/ ب]

الفرع العاشر، وهو مرتب عليه:

لو وجد في هذا المزيد زائفاً، فهل يرده أم لا؟. قولان منزّلان على إعطائه حكم العوض أو حكم الموهوب؟.

قال بعض المتأخرين: وقد يقال: إذا أعطيناه حكم العوض فيختلف في جواز البدل أو النقض به، وهو تركيب خلاف على خلاف.

[قال][2]: وهذا كله إذا وَجَدَ الزائفَ بعد المفارقة أو التراخي، فإن وجده بالحضرة صحّ الرّضى باطراحه، وصحّ البدل إن تراضيا عليه، فإن

(١) في الأصل: أو لا يجوز.

(٢) قال: سقطت من الأصل.

لم يتراضيا عليه وكان الصرف على غير معين أجبر من امتنع إن لم يطل.

وإن كان على معين فقولان:

إجبار من أبى، وهو بناء على نفي التعيين.

ونفي الإجبار، وهو بناء على التعيين.

القسم الثالث: في الاستحقاق.

ويقع في المسكوك والمصوغ.

فأما المسكوك فإن استحق بعد العقد، وكان بالحضرة لم ينتقض الصرف إلّا أن يعيّن، فيجري على ما تقدم. وإن كان بعد المفارقة أو التراخي، فإن كان الصرف على غير معين فسخ، قاله في الكتاب. وهو بناء على أن ما بعد العقود ملحق بها. والاستحقاق يقتضي كون الصرف لم تكمل مناجزته.

وقال أشهب: يأتي بالمثل، ويصح الصرف. وهو بناء على إلحاق ذلك بالمقارن، أو على أنهما كالمغلوبين على التراخي، وقد تقدم الخلاف في انتهاض الغلبة عذراً.

قال أشهب: وإن كان معيناً انتقض الصرف، وهو[1] على أصله في التعيين.

وأما المصوغ فإن استحق انتقض الصرف مع عدم التراضي، وطلب المستحق أخذ عين شبيه. فإن رضي بالتمام، فإن كان المصوغ حاضراً والمتعاقدان لم يفترقا، ففيه قولان:

تصحيح الرضى، قاله في الكتاب.

---

(١) س: وهذا.

وإبطاله. قال أشهب: هو القياس. والذي في الكتاب: استحسان عنده.

وهذا الخلاف جار على تنزيل الخيار الحكمي منزلة الشرطي.

فــروع:

أحدهـا: لو غاب أحد المصطـرفين والمصوغ حاضر، لجرى فيه قولان: الإجازة والمنع.

وعُدّ في الأول كالمبتدى صرفـاً من الحاضـر،وألْحِق في الثاني بالموكل يغيب.

الفـرع الثانـي:

لو فات المصوغ حتى يتعلق بذمة من كان في يده، فقد قالوا: أنه يأخذ ما صرف به، لأنه يكون كالمصرف لما في ذمته.

قال بعض المتأخرين: هذا ظاهر إذا قلنا [بضمان المثل، قال: وإن قلنا][1] بضمان القيمة فإن جعل ما أخذ قيمة صح.

الفـرع الثـالـث:

أنه لو صرف مسكوكاً تعدّياً كالغاصب والمودع، فإن صرف لنفسه فإنما عليه مثل ما تعدى فيه، فلصاحب الشيء تغريمه المثل. فإن تراضيا على أخذ ما صرف به صح، ويكون صرف ما في الذمة، وكأنه إنما صرف من المتعدي. وإن صرف لربّه فإن أخبر من صرف منه بذلك، فهذا صرف فيه خيار فيجري على حكمه. وإن لم يجزه فللمستحق إجازة الصرف. هذا مقتضى الكتاب. وقال محمد: ليس له ذلك.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

وسبب الخلاف: هل الخيار الحكمي كالشرطي أم لا؟ وأيضاً، فمن خُيِّر بين شيئين فهل يعد منتقلاً أو آخذاً ما وجب له.

تكملة:

إذا تقرر اشتراط المناجزة وحكمها، فلنكمل المقصود منها بذكر فصلين:

الفصل الأول

في بيان ما ذكره بعض المتأخرين في ترتيب ما تُطلب فيه المناجزة

قال: أضيق العقود فيها الصرف، وفي معناه بيع أحد النقدين بمثله، ثم يليه بيع الطعام بالطعام، لأنه في الحديث مقرون بالصرف.

ثم تليه الإقالة من الطعام، إذ الحذر فيها من شيئين: بيع الطعام قبل قبضه، وفسخ الدين في الدين.

ثم يليها فسخ الديْن في الديْن، أعني المحاذرة منه، وفي معناه الإقالة من السلم في العروض.

ثم يليه بيع الدين إذا كان غير طعام من أجنبي، وفيه قولان:

أحدهما: أنه كابتداء الدين بالدين[1] فيجوز فيه من التراخي ما يجوز في رأس مال السلم.

والثاني: أنه كالبيع ممن هو عليه، فيكون كفسخ الدين في الدين لا يجوز فيه تراخ.

ثم يليه ابتداء الدين وهو عقد السلم، وفيه قولان:

(١) بالدين: سقطت من س.

[٨/ أ] المشهور جواز تأخير رأس ماله / بشرط ثلاثة أيام.

والشاذ منع التأخيـــر.

فإن تأخر بغير شرط ففيه تفصيل يأتي بيانه. وتوجيه القولين في موضعه من السلم.

الفصـــل الثـانـي

فـي توقـع عـدم المنـاجــزة

هل يكون كتحققه أم لا؟ وهو كإضافة البيع إلى الصرف، وفيه خلاف وتفصيـل يأتي بيانه[١]. وقد اختلف في ضم ستـة عقود إلى البيع، وهي: الصرف، والنكاح، والجعل، والقراض، والمساقاة، والشركة.

فالمشهـــور: منـــع الضـــم.

والشاذ جوازه، وهو قول أشهب. واستقرأه أبو الحسن اللخمي من كتاب محمد.

وقد اختلف في تعليل منـع ضم العقود الستـة إلى البيع على طريقين:

أحدهما: أن البيع يختص بأحكام تخالف ما يختص به فتنافي[٢].

والطريق الثاني: النظر إلى كل عقد على انفراده، فيعلل منـع الجمع بين الصرف والبيع بمحاذرة الاستحقاق، وهو ينقض الصـرف كما تقدم، ولا ينقض البيع مطلقاً.

---

(١) س: يتبين برسم الفروع، عوض (يأتي بيانه).

(٢) س: تخالف ما تخلص فيه! فتنافيا.

وأما النكاح والبيع، فلأنّ البيع مبني على المشاحة ولهذا يتقرر فيه العوضان، ويمنع من الجهالة فيهما، والنكاح بخلاف ذلك، فإن الاستمتاع بالبضع غير محدود بإجماع.

وأما الجُعل وما ذكر بعده ففيه من الإغرار [والخِطار][1] ما لا يجوز في البيع لمصالح اقتضته.

وإذا فرعنا على المشهور فليس ذلك مطلقاً، بل يجوز إذا كان أحدهما يسيراً.

وتفصيل ذلك يعلم من فروع:

أحدها: أن يكون ذلك في دينار واحد.

واختلف فيه: هل يطلب أن يكون [أحدهما][2] تبعاً للآخر: الصرف أو البيع؟.

والمشهور أن ذلك لا يعتبر ليسارة الدينار، وهو اعتبار لليسارة في نفسها، وقيل: يعتبر، وهو اعتبار لليسارة بالنسبة.

الثاني، مرتب عليه:

وهو أن اليسارة متى اعتبرت، فكم مقدارها؟.

قال في كتاب محمد: الثلث فما دونه، وهو اعتبار اليسارة بالنسبة.

وقال القاضي أبو محمد: الدرهم فما دونه يعجز فيدفع إليه عوضاً بقدر أو مزيد الدينار أو الدرهم، وكسره غير جائز، فيجوز دفع قدر ذلك

---

(١) والخطار: سقطت من الأصل.

(٢) أحدهما: سقطت من الأصل.

للضرورة. وهذا منع الصرف والبيع إلا عند الضرورة إلى جمعها في القدر اليسير جداً.

قال المتأخرون: وكذلك يجري الحكم في بلد يتعامل فيه بالربا[1] كصقلية ونحوها.

وكذلك حكاه القاضي أبو الوليد عن بعض فقهاء الصقليين.

الثالث: أن يكون الصرف في أكثر من دينار، فيجوز أن يكون البيع يسيراً. وكم مقداره؟.

حكى أبو القاسم بن محرز عن بعض الأشياخ أنه يعتبر الثلث فدون.

وقال أبو موسى بن مناس[2]: [يعتبر][3] في العرض أن تكون قيمته أقل من صرف دينار، كما يعتبر في الدراهم قدر ذلك. فالنظر إلى الثلث قياس على قولهم في مراعاة الثلث في الاتباع، واعتبار بعض الدينار قياس على ما لو كان البيع الأكثر والصرف الأقلّ، فلا خلاف ها هنا أنه لا يجوز أن يكون الصرف إلا فيما دون دينار.

وينخرط في سلك البيع والصرف أن يتعاقدا على سلعة بدينار إلا درهماً أو درهمين، فإن كان الجميع نقداً، فإنه جائز إلا على ما قال[4] القاضي أبو محمد، فإن لم يكن ذلك نقداً، فله أربع صور:

إحداها: [أن يتأجل الجميع وهو ممنوع لأنه الدين بالدين.

---

(١) س: بالرباعية، وهو تصحيف.

(٢) عيسى بن مناس المالكي القيرواني، أبو موسى. من طبقة عبد الله بن أبي زيد القيرواني. صنف كتاب القصر. ت ٣٩٠. (كحالة: ١/ ٨٠٦ - هدية العارفين: ١/ ٨٠٦).

(٣) يعتبر: سقطت من الأصل.

(٤) س: قاله.

الثانية][1]: أن تتعجّل السلعة ويتأجل الدينار والدرهم.

فالجمهور على جوازه، اطّراحا لحكم الصرف، فإن الدينار والدرهم لما تأجلا ظهر أنّهما غير مقصودين.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا يجوز.

قال بعض المتأخرين: وهو القياس، لاسيما إن راعينا الاتباع في أنفسها.

فــرع:

إذا صححنا فما الذي يُقضَى به عند الأجل؟ قولان للمتأخرين:

أحدهما: أنه يقضى على كل واحد بإخراج ما سمّى، وهو ظاهر الكتاب.

والثاني: أنه يقضى على كل من في ذمته الدينار بدراهم، ويتقاصّان.

ويتخرّج الخلاف على حكم جزء الدينار: هل هو ذهب أو ورق.

الثالثة[2]: أن يتعجل الدينار والدرهم وتتأجل السلعة.

فالمنع في الكتاب[3].

والجواز لأشهب.

فالمنع لأن التعجيل يشعر بالقصد[4] إلى الصرف، فإذا قصد إليه وجب إلحاق ما معه به في التناجز.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٢) س: الصورة الثالثة.

(٣) المدونة: ٣/ ٣٩٥ ـ كتاب الصرف، التأخير والنظر في الصرف.

(٤) في الأصل: كالقصد، وهو تصحيف.

والإجازة قياس على ما لو تأجل الدينار والدرهم ونظراً إلى اليسارة، فكان الورق كالعدم.

الرابعة: أن يختلف حال الدينار والدرهم بالتعجيل والتأجيل.

فالمشهور: المنع.

[٨/ ب] / وروى ابن عبد الحكم الجواز.

فالمنع نظراً إلى تأخير عوض الصرف.

والجواز اطراح لحكمه لليسارة.

فـــروع:

أحدها: في مقدار اليسير.

وقد اختلف فيه، فروي الدرهمان، وروي الثلاثة.

وقال الشيخ أبو بكر: مقدار ثلث دينار.

الفرع الثاني: أن تكون دنانير، فيُستثنَى من كل دينار منها مقدار يسير من الدراهم، وفيه ثلاثة أقوال:

أحدها: منعه، ولو كان الكلّ نقداً، وهو بناء على اعتبار جملة الدراهم، وهي كثيرة.

والمشهور: منع الصرف، والبيع مع الكثرة.

والثاني: الجواز مطلقاً، وهو إما بناء على جواز الصرف والبيع، وإما على اعتبار كل دينار في نفسه والدرهم بالنسبة إليه يسير.

والثالث: جوازه في النقد خاصة، وهو بناء على ما تقدم في القول الثاني.

ثم يُحاذَر من التأخير تردُّدُ الأمر: هل يعتبر صرف يوم القضاء،

فيؤدي إلى الجهالة بما ينوب كل درهم، وذلك كثير لكثرة الدراهم إذا جمعت، أو يعتبر صرف يوم العقد، فيستعجل تحويل الدراهم في ذهب، فيكون صرفاً مستأخراً أو صرف ما في الذمة قبل حلوله؟.

الفرع الثالث: أن يستثنى جزء من الدينار كالسدس وما في معناه، ففيه قولان:

أحدهما: أنه كاستثناء الدراهم.

والثاني: الجواز مطلقاً.

وهما على الخلاف في جزء الدينار، هل يحكم له بحكم الدراهم إذ بها يُقضَى عند المشاحة، أو بحكم المسمّى وهو ذهب، حتى يقع القضاء.

الفرع الرابع: أن يجد بالدرهم المدفوع زيفاً، فهل يتفق هاهنا على البدل لليسارة، أم يكون حكم الصرف؟ قولان.

وهما على الخلاف في الاتباع: هل هي مقصودة أم لا؟.

فـرع: يعمّ حكم البيع والصرف:

وهو أن تستحق السلعة أو يوجد بها عيب يقتضي الرد، فإنه يتنقض الجميع. ولهذا منع في المشهور الاجتماع كما تقدم. هذا حكم ما يمكن فيه الإفراد. أما ما لا يمكن ذلك فيه إلا بفساده، كالحلي المباح للاتخاذ فينظر: هل العين تبع للمضاف إليه أم لا؟.

ثم يقع على وجهين:

أحدهما: [البيع بالصنف، وهو ملحق بالركن الثاني إذ المحاذرة فيه من عدم المساواة.

والوجه الثاني][1]: البيع بغير الصنف، وهو ملحق بما نحن فيه، وله صورتان:

إحداهما: أن يقع نقداً فلا خلاف عندنا في جوازه، كان تبعاً أو غير تبع.

والصورة الثانية: أن يكون تبعاً، فيباع إلى أجل، وفيه قولان: المنع وهو المشهور، والجواز وهو لسحنون وغيره.

وهما على الخلاف في الأتباع: هل لها قسط من الثمن [أم لا؟][2].

فروع:

أحدها: ما هو التبع؟.

فيه[3] ثلاثة أقوال:

أحدها: الثلث.

والثاني: أنه دون الثلث.

وهما[4] على ما تقدم في عدّ الثلث يسيراً أو كثيراً.

وحكى القاضي أبو الوليد عن بعض أصحابنا العراقيين أن النصف تبع، وبالزيادة عليه يخرج عن حد التبع.

الفرع الثاني: اختلف المتأخرون في اعتبار التبعية، وهي هاهنا القيمة، وقد قال المتأخرون: فيه قولان: أحدهما: اعتبار القيمة، والثاني: اعتبار الوزن.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.
(٢) أم لا؟: سقطت من الأصل.
(٣) فيه: سقطت من س.
(٤) في الأصل: وهو.

وهذا إنما يصح بالنسبة إلى قيمة المحلى، لا إلى جوهره.

الفرع الثالث: إذا منعنا التأخير فوقع. هل يفوت بالعقد أو بما يفوت به البيع الفاسد؟ قولان:

وتفويته بالعقد هو[1] قول محمد، وهو مراعاة للخلاف.

وإلحاقه بالبيوع الفاسدة نفي للمراعاة.

الفرع الرابع: إذا فات، فهل يقضى متى وجب الردّ، بالقيمة أو بالمثل؟ قولان، وقد تقدما.

تنبيــــه.

أفات في الرواية بانكسار الجفن، والجفن تبع، وأصلهم أن فوات التبع لا يؤثر، لكن اعتذر أبو القاسم بن محرز عن ذلك بأن مراد ابن القاسم أن الجفن ملتصق بالنصل، والنصل محتاج إليه، فكان الكل في حكم الشيء الواحد.

الـركـن الثانـي:

في تحصيل المماثلة، وما تصح به، والاحتراز من فسادها.

ولا خلاف في اعتبارها، وقد بالغ في مراعاتها في الحديث، حتى قال ﷺ: «مثلاً بمثل ووزناً بوزن ولا تشفوا بعضها عن بعض»[2].

---

(١) في الأصل: هل هو، وهو خطأ.

(٢) البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة. ونصه: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» رواه أبو سعيد الخدري (متن البخاري بحاشية السندي: ٢/٢١). ومعنى لا تشفوا: لا تفضلوا والشف: النقصان أيضاً، فهو من الأضداد ـ شف الدرهم: يشف إذا زاد وإذا نقص. (النهاية: ٢/٤٨٦).

[٩/ أ] ولهذا / نجعل توهّم الربا كتحققه، فلا نجيز أن يكون مع أحد النقدين أو مع كل واحد منهما غير نوعه، أو سلعة، لأن ذلك يوهم القصد إلى التفاضل، ولذلك منع الدينار والدرهم [بالدينار والدرهم](١).

فـــرع:

فإن كان المبيع حلياً مختلطاً فله حالتان:

إحداهما: أن يكون الاختلاط من النقدين، كالمختلط من ذهب وورق. إما على مذهب من أجاز ذلك في السيف والمصحف، وإما أن يكون من حلي النساء فله صورتان: إحداهما أن لا يكون أحد الصنفين تبعاً، فلا يجوز بيعه بالعين.

حكى بعض المتأخرين: أنه لا يختلف المذهب في ذلك.

الصورة الثانية: أن يكون أحدهما تبعاً، فلا يجوز البيع بصنف الأكثر. وهل يجوز بنصف التبع؟ في الكتاب قولان:

المنع، لأن التساوي لم يحصل وإلحاقاً له بحكم المتميز.

والجواز نظراً إلى [أنّ](٢) الأتباع تُعطَى حكم المتبوعات.

فرع ثان مرتب على ما قبله، وهو:

هل تعتبر اليسارة في القيمة أو في الوزن؟ قولان:

النظر إلى القيمة لأنها المقصودة.

وإلى الوزن لأنه المعتبر في جوهر النقدين.

قال بعض المتأخرين: والصحيح الأول.

---

(١) بالدينار والدرهم: ساقط من الأصل.

(٢) أن: سقطت من الأصل.

الحالة الثانية: أن يكون الاختلاط بين أحد النقدين وبين غيرهما من السلع، كالسيف المحلى بفضة يباع بفضة. ولا يخلو أن تكون فضته تبعاً أو نصله.

فإن كانت فضته تبعاً فالمشهور أنه جائز.

ومنعه محمد بن عبد الحكم.

والقولان على الاختلاف في الأتباع: هل تعطى حكم متبوعاتها أم لا؟.

فـــروع أربعـــة:

أحـدهـا: إنا إذا أجزنا البيع، فهل يجوز التأجيل؟ قولان:

المنع، وهو المشهور، وهو على إعطاء التبع قسطاً من الثمن.

والجواز، وهو رأي سحنون، فلم يعطه قسطاً من الثمن.

ثم إذا منعنا، فهل منع تحريم أو كراهة؟ قولان.

وفي الكتـاب: التحـريـــم.

وعند محمد: الكراهة، وهو حكم بالجواز لكن راعى الخلاف.

الفرع الثاني: أن يكون النصل تبعاً للحلية، فهذا لا يجوز أن يباع بنصف ما فيه.

فإن بيع: فهل يفوت بما يفوت به البيع الفاسد؟ قولان:

فالمشهور فواتـه بـذلك.

ورأي سحنون: أنه لا يفوت بشيء، وتنقض فيه البياعات، وترد مع فوات عينه قيمة عروضه ووزن فضته. وهذا أصله في البيع الحرام المتفق على تحريمه إذ لا يفوت بشيء تنقض فيه البياعات.

الفـرع الثالث: أن تكون الحلية مختلطة من الذهب والفضة على الوجه المتقدم، فهذا يجري على ما تقدم في المختلط، ولا سلعة معه، وأحرى هاهنـا بالمنـع لزيـادة السلعة إلا أن يكـون جميع ذلـك تبعاً للعروض، فأحرى بالجواز.

الفـرع الـرابع: حكم الثيـاب يكون فيهـا الأعلام، وهي على قسمين:

أحدهما: ما يخرج منه عين عند السبك، وهذا بمنزلة المحلّى، فيجري على حكمه.

والقسم الثاني: ما لا يخرج منه شيء.

قال بعض المتأخرين: وهذا هو السمنطار.

وقد تردد أبو الحسن اللخمي في حكمه: هـل يلغـى لأنه لا تحصل منه عين، أو يلتفت إليـه لأن المقصود الذهب.

ذكر غير أبي الحسن اللخمي عن المتأخرين قولين، وسببهما ما تقدم.

قال بعض المتأخرين عقيب الكلام في هذه المسألة: وقد كنت سألت بعض أشياخي عن حكم [السكة][1] الجارية ببعض مدن إفريقية: هل تكون بمنزلة المختلثة، فيختلف: هل تباع بالأقل؟ وهل ينظر إلى الوزن أو القيمة؟.

قال: فكان جوابه عن هذا أنها بخلاف المختلطة[2]، لأن ذلك يُقصد ذهبه وفضته جميعاً، والمسكوك إنما يقصد ذهبه لا غير.

ثم قال: وهذه شهـادة وأظنها لا تطّرد، فإن هناك مسمى اللواتية يقصد ذهبه وفضته.

---

(١) السكة: سقطت من الأصل. (٢) س: المختلط.

قال: وأما ما لا يخرج منه شيء، فلا شك أنه كالسمنطار.

ولنختم هذا الركن بذكر خمس مسائل:

إحداها: هل يُمنع الاختلاط بالغش من جواز بيع الشيء بصنفه؟ وفيه قولان:

حكى الشيخ أبو إسحاق: المنع.

قال بعض المتأخرين: ومقتضى الروايات الجواز.

وسبب الخلاف النظر إلى صورة المماثلة، والحكم للغش بأنه تبع، فيطرح، أو ينظر إلى / الحاصل من المغشوش، وهو دون ما في [٩/ ب] مقابلته، فيقع التفاضل.

ولا يمكن أن يقال: ينظر إلى قدر الخالص فتقع المفاضلة[١] بمثله، إذ الغش سلعة وقد لا تتحصل حقيقة الخارج، فبطل التماثل [من كل وجه][٢].

فـــرع:

وحكم المغشوش أن يكسر متى خيف المعاملة به. وإن لم يُذهِب الخوفَ كسرُه، فيبالغ في إذهاب ذلك. وإن لم يحصل إلا بالسبك سبك وأخرج خالصه.

المسألـة الثانيـــة:

حكم المسافر يأتي إلى دار الضرب بتبر، وهو مضطر إلى الرحيل وخائف من المطل. فهل يجوز أن يدفع فضة أو ذهباً ويأخذ وزن ذلك من صنفه مسكوكاً، ويدفع الأجرة من صنفه[٣]؟ قولان: الجواز والمنع.

---

(١) س: المعاملة.

(٢) من كل وجه: سقطت من الأصل.

(٣) من صنفه: سقطت من س.

وقال أشهب في كتاب محمد: قال مالك: وهذا إنما كان حين كانت الذهب لا تنقش والسكة واحدة. وأما اليوم فلا، قد صار في كل بلد سكة يضربون فيها فليعطه جعله، وليضرب له ذهبه.

وقال محمد: لما اتسع الناس بالضرب وزالت الضرورة لم تجز.

وينخرط في هذا السلك مسألة دار الاشقالة وهي المعاصر: يأتيها من معه زيتون، فيقدر قدر ما يخرج فيأخذه زيتاً ويعطيهم الأجرة.

ومسألة السفاتج[1] وهي سلف الخائف من غرر الطريق، يعطى بموضع ويأخذ حيث يكون متاع الآخذ، فينتفع الدافع والقابض.

ومسألة المسلف طعاماً مسوساً في الشدّة يأخذ جديداً عند الرخص.

وفي معناه مسلف الأخضر يأخذ يابساً.

والكل بشرط، وفي كل ذلك قولان.

ولا يخفى ما فيها من مخالفة الأصول وحصول الربا، ومنفعة الدافع، ولكنها ضرورات.

وسبب الخلاف في جميعها القياس على الرخص، فمن قاس أجاز، لأنها بمنزلة العرايا، ومن منع لم يجز.

---

(١) في الأصل: السفالج، وهو تصحيف ـ والسفاتج: جمع السفتجة (قيل: بضم السين وقيل: بفتحها: فارسي معرب ـ وهي كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالاً قرضاً يأمن به من خطر الطريق. (المصباح: سفت).

وفي القاموس: السفتجة (بضم السين): أن يعطي مالاً لآخر وللآخر مال في بلد المعطى فيوفيه إياه، ثَمَّ، فيستفيد أمن الطريق، وفعل ذلك هو السفتجة (بفتح السين).

المسألة الثالثة:

هل يطلب حكم المناجزة والمماثلة بين السيد وعبده، حتى لا يجوز له أن يزابنه؟ قولان.

والمشهور: المنع.

وأجازه ابن وهب.

وسبب الخلاف، النظر إلى الصورة، وهي معاملة، والربا محرم، أو النظر إلى قدرته على الانتزاع، فلا يُعطَى حكم المعاوضة. وهذا ملتفت أيضاً إلى من ملك أن يملك هل يعد مالكاً على الحقيقة أم لا؟.

قال الأصحاب: إلا أن يكون على العبد ديْن فلا تجوز مراباته بلا خلاف، لتعلق حق من له الدين، فلا يقدر على الانتزاع.

قال بعض المتأخرين: وهذا صحيح، إلا أن يلتزم السيد الدين فيرجع إلى الأول.

المسألة الرابعة:

قال مالك في الواضحة: نهى عمر الأعاجم أن يبيعوا في أسواقنا، حتى يتفقهوا في الدين.

قال مطرف وابن الماجشون: يعني من لا يعرف تحريم الربا وكراهة الصرف غير مناجزة، والدرهم بالدرهمين، وبيع الطعام قبل استيفائه، وشبه ذلك من كبيرات الأمور وظاهر الفقه. فأما خفيات الفقه فلم يُرِدْه.

وقال ابن القاسم في الكتاب: إن مالكاً كره أن يكون النصارى في أسواق المسلمين لعملهم[1] بالربا واستحلالهم له.

---

(١) س: لعلمهم.

قال: وأرى أن يقاموا من الأسواق[1].

وقال أبو الحسن اللخمي عقب هذا الكلام: قد تغيّر أمر الناس اليوم، وكثر العمل بالربا من غير النصارى، وإذا كان ذلك كذلك، وكان رجلان يعملان بالربا أحدهما مسلم والآخر نصراني كان الصرف من النصراني أخف، لأنه لو أسلم لحلّ له ما في يديه كان ذلك من ربا أو خمر[2] ولو تاب[3] المسلم لم يحلّ له إمساك ما في يديه من ذلك.

المسألـة الخامسـة:

النظر في اختصاص المناجزة والمماثلة بالعين، وجواز التفاضل والنسا في الفلوس، أو جريان ذلك في الفلوس وتحريم التفاضل والنسا فيها أو الكراهة للمعاملة بها دون رعاية المناجزة والمماثلة.

وفي المذهب ثلاث روايات:

فأما الأوليان في الجريان ونفيه، فقد تقدم ذكر سببهما في أول باب الصرف.

وأما الكراهة فسببها القول بالجواز مع مراعاة الخلاف.

فـــرع:

[١٠/أ] لو كان التعامل بالفلوس ثم قطعت، فهل يقضى فيها بالمثل، / أو القيمة؟.

المشهور المعروف من المذهب: القضاء بالمثل، وإن فسدت إذا وجدت.

---

(١) المدونة: ٣/ ٤٠٣. كتاب الصرف، الصرف من النصارى والعبيد.

(٢) س: عن ربا أو عن خمر.

(٣) في الأصل: ولو مات، وهو تصحيف.

وحكى بعض المتأخرين عن كتاب ابن سحنون القضاء بالقيمة. ورآه أبو إسحاق التونسي وغيره قياساً. وهو نظر إلى كونها عادت إلى ما لا ينتفع به إلا منفعة لا كبير فائدة فيها، وقد دخلا على المنفعة، فالعدل القضاء بالقيمة، واختلاف الأحوال كاختلاف الأعيان في هذا.

ونظر في المشهور إلى الأصول، وهي تقتضي القضاء بالمثل فيما يوجد مثله.

فرع مرتب عليه:

قال الأصحاب: فلو انقطعت فلم توجد، فله قيمتها يوم انقطعت إذا كان الدين حالّاً. وإن كان إلى أجل، فيوم أن انقطعت قبله إذا لم يتوجّه[1] قبل الحلول طلب، ولو أخره بعد الحلول لكانت القيمة يوم الحلول.

ورأى بعض المتأخرين أنه إنما ينبغي أن تجب القيمة هاهنا يوم القضاء لا يوم توجه الطلب.

الركن الثالث: فيما يخص المراطلة والمبادلة وحكم الاقتضاء.

[المراطلة]

فأما المراطلة فتجوز في سائر الأصناف، وإن اختلفت أشخاصها، كما إذا كان المسكوك في مقابلة المصوغ، أو أحدهما في مقابلة المكسور أو التبر. وهل تعتبر فيها السكة والصياغة؟.

ثلاثة أقوال:

- الاعتبار كما في الاقتضاء، لأنهما مقصودتان.
- ونفيه، لأن المقصود تساوي الوزن، إذ هو المعتبر في الحديث.

ولا تعتبر السكة ولا الصياغة، ولو اعتبرتا لكانتا كسلعتين ضمتا إلى العين فيجب المنع. وهذا لم يقله أحد.

(١) كلمة غير واضحة في الأصل، والإكمال من س.

ـ والتفرقة، فتعتبر الصياغة لأنها صناعة مقصودة، ولا تعتبر السكة لأنها علامة، وهي كالختم في العين.

ثم المراطلة لا تخلو من حالتين:

إحداهما: أن تَتَّحد أشخاصها، مثل أن يكون كل واحد من العوضين ذهباً واحداً، فهذا تجوز فيه المراطلة مطلقاً، إلا أن يكون مسكوكاً في مقابلة مصوغ، فيجري على ما تقدم من النظر إلى مراعاة السكة والصياغة أو اطراحهما، فإن راعيناهما امتنع التساوي إلا أن يكون الفضل في طرف واحد وتتساوى الكفتان، وإن لم نراع[1] ذلك نظرنا إلى عدم الغش فأجرينا على ما تقدم.

الحالة الثانية: أن تختلف أشخاص العين، فذلك في مقصودنا ثلاث صور:

إحداها: أن يكون الجيّد كله في جهة، فهذا تجوز فيه المراطلة قولاً واحداً.

والثانية: أن يكون أحد الذهبين مثلاً أفضل من المنفرد والثاني أدنى، فهذا يمنع المراطلة قولاً واحداً، لأنه قد اغتفرت رداءة الرديء لجودة الجيد، فخرج عن باب المساواة، وقدر ذلك بأن أحدهما زاد في مراطلة الجيد ونقص من مراطلة الرديء.

والصورة الثالثة: أن يكون المنفرد مساوياً لأحد المختلطين والآخر أدون منه أو أجود، ففيه خلاف:

الجواز لابن القاسم لأن الفضل في جهة واحدة.

والمنع لسحنون حماية للذريعة، وتوهماً لقصد الزيادة للجيد، أو النقص للرديء، ولولا قصد ذلك لم يخلط بَلْ يراطل المخالط ويُبقي المساويَ لنفسه.

---

(١) في س: وإن نراع.

فـــروع ثـلاثـــة:

أحدها: أن ما تقدم من الخلاف في مراعاة السكة والصياغة، هل يختص باتحاد العوضين أو تحريه مع الاختلاط؟ قولان للمتأخرين.

قال بعضهم: والظاهر أنه لا يجري لوجود القصد إليه، فمتفق على اعتبارهما مع الاختلاط، ويختص الخلاف بالانفراد.

الفـرع الثانـي:

المراطلة بالمسكوك قبل أن يُعلَم وزنُه.

وللمتأخرين في ذلك قولان:

المنع لأنه من باب الجزاف.

والجـواز لأن التساوي حاصل.

وأجرى القاضي أبو الوليـد هذا على الخـلاف في جواز بيعهـا جزافاً.

قال بعض المتأخرين: وقد يكون اختلاف المتـأخرين في هـذا مبنياً على حالين. فإن كان التعامل بها عدداً لم يجز، وإن كان وزناً جاز.

الفـرع الثـالـث:

أن يكون المتراطلان شريكين في حلي أو نُقْرَةٍ، فيبيع أحدهما حصته بمثل وزنها من صنفها، / فقولان: الجواز والمنع، وعلل المنع بأنَّ [١٠/ب] الكسر يقتضي تحيفا[١]، وإن قل فلا تقع المساواة.

---

(١) في الأصل: تحقيقاً.

وعلّل أيضاً بأن المراطلة يُطلَب فيها أن يكون كل واحد من العوضين في كفة.

قال بعض المتأخرين: وعلى هذا لا يجوز أن يتراطلا بصنجة يوزن بها كل واحد من العوضين ويلزم عليه أن لا تجوز مراطلة ما في الذمة إلا أن تجعل قضاء.

قال: وهذا هو مقتضى لفظ المراطلة. وهذه الصورة التي ذكرها في المراطلة بصنجة يوزن بها كل واحد من العوضين قد ذكر الإمام أبو عبد الله أنها اختيار بعض المتأخرين من شيوخه، قال الإمام: وهو احتياط منه على التحفظ من الربا، وحسم مادة الشكوك في التفاضل لأن الميزان قد يكون لا يتساوى الوزن في كفتيه جميعاً كما نشاهد في بعض الموازين، فبيّن الإمام أن اختيار هذه الصور احتياط للتساوي، كما أن اختيار الصفة الأخرى احتياط للتناجز.

[المبادلة]

وأما المبادلة فتختص بالمسكوكيْن، ويطلب أيضاً فيهما التساوي، إلا أنهم أجازوا أن يُبْدَل اليسير بأوزن منه إذا كان القصد المعروف والتعامل بالعدد.

ولذلك ثلاث صور:

إحداها: أن يكون الأنقصُ أجودَ، فهذا لا يجوز قولاً واحداً لخروجه عن باب المعروف.

والثانية: أن تتساوى السكتان، فيجوز أيضاً قولاً واحداً لأن القصد في أحد الطرفين.

والثالثة: أن يكون الأرجحُ أفضلَ، فقولان:

الجواز لابن القاسم، وهو الأصل لأنه أبلغ في المعروف.

والمنع لمالك، وعُلّل بوجهين: أحدهما ما قاله الشيخ أبو الحسن من أن الشرع منع جواز التفاضل بين الذهبين، فحصل الاتفاق على جواز بدل الناقص بالوازن من سكة واحدة، وبقي ما سواه على أصله.

قال الإمام أبو عبد الله: وهذا يقوى على القول بمنع القياس على الرخص.

الثاني ما قاله أبو الطيب بن خلدون[1] بأن السكة يختلف نَفَاقُها عند الناس، فتنفق مرة سكـة ومرة غيرها. فمن التفت إلى الحال أجاز، ومن التفت إلى المآل منع.

وهذا سبب منع اقتضاء السَّمْراء من المحمولة، واقتضاء القمح من الشعير إذا كان ذلك قبل الأجل وهو من قرض.

فـرعـان:

الأول: في مقدار ما يجوز ذلك فيه في المبادلة. أما الثلاثة فتجوز قولاً واحداً، كما يُمنع ما فوق الستة قولاً واحداً أيضاً. وأما ما بين ذلك ففيه قولان: المنع والجواز، وهما خلاف في شهادة باليسارة.

الفرع الثاني: في مقدار ما يغتفر من النقص، وأبلغ ما قيل فيه: السدس في كل دينار. وقيل: الدانقان. وهو اختلاف في شهادة أيضاً.

---

(١) هكذا ورد في النسخ، والصواب: ابن بنت خلدون، وقد سبقت ترجمته في الجزء ١، ص: ٢٥٩.

[الاقتضاء]

وأما الاقتضاء فنعقد له أصولاً ونذكر ألفاظاً استعملها أهل المذهب في النقدين تختلف أحكامها.

فأما أصول الاقتضاء فنقول: إن الأمة اجتمعت على جواز القرض وإن كان مخالفاً للأصول في أن المقرض شيئاً لا يعلم هل يرجع إليه عين شيئه أو مثله، إلى غير ذلك من عدم التناجز، وسنُنَبِّه عليه عند الكلام على أحكام القرض. والذي نذكره الآن أن القضاء لا يخلو من أن يكون قبل الأجل أوعنده، وفي معناه ما بعد الأجل. ولا يخلو من أن يكون القضاء أكثر أو أقل أو مساوياً. والكثرة لا تخلو من أن تكون في المقدار أو في الصفة. فإن قضى مساوياً أو أفضل صفة جاز مطلقاً، وإن قضى مقداراً فقد اختلف المذهب في ذلك على ثلاثة أقوال:

- المنع، إلا في اليسير جداً، وهو مذهب الكتاب[1].

- والجواز على الإطلاق، وهو رأي عيسى بن دينار وابن حبيب.

- والجواز ما لم يكثر، وهو رأي أشهب.

وسبب الخلاف: القياس على الرخص إذ ثبت عن النبي ﷺ أنه قضى جملاً عن بكر[2]. ووقع الإجماع على جواز الأفضل في الصفة. فمن استعمل القياس عليها أجاز، ومن لم يستعمله منع إلا في اليسير، لأن ما قارب الشيء أعطي حكمه، والتفرقة مراعاة للخلاف. فإن قضى أقل منه قبل الأجل منع منه، لأنه: ضع وتعجل.

---

(١) المدونة: ٤/ ١٣٣. وما بعدها ـ في السلف الذي يجر منفعة من كتاب الآجال.

(٢) مالك في الموطأ، كتاب البيوع: ما يجوز من السلف. ونصه عن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ: استسلف رسول الله ﷺ بكراً فجاءته إبل من الصدقة. قال أبو رافع: فأمرني رسول الله ﷺ أن أقضي الرجل بكره، فقلت: لم أجد من الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً، فقال رسول الله ﷺ: أعْطِه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء. (تنوير الحوالك: ٢/ ٨٤).

/ ويستوي في ذلك النقص في الصفة وفي المقدار، ويجوز [١١/ أ] بعد الحلول مطلقاً. هذا حكم القرض.

فإن كان العين في الذمة من بيع فهو كالقرض إلا في قضاء الأكثر مقداراً فإنه جائز مطلقاً. هذا إذا كان الفضل في إحدى الجهتين.

فإن دار من الطرفين منع قولاً واحداً، إذ خرج من باب المكارمة إلى باب المكايسة.

[الألفاظ المستعملة في النقدين]

وأما الألفاظ فهي قولهم: القائمة، وهي الدنانير التي تزيد آحادها في الوزن.

وقولهم: الفرادى، وهي التي تنقص.

وقولهم: المجموعة، هي المجموع من ذهوب، ومن وازن وناقص.

فللقائمة فضل الوزن والعيون.

وللمجموعة فضل العدد ونقص الصفة.

وللفرادى نقص الوزن، وقد تكون خالصة أو دون ذلك.

ومن استعمالهم أيضاً للدراهم السود، وقد جعلها في بعض الروايات أفضل من البيض، وفي بعضها بالعكس، ومنها المحمدية واليزيدية، والمحمدية أفضل.

ويتم المقصود من هذا النوع بفصلين:

الفصل الأول: في تنزيل اقتضاء المجموعة من القائمة والفرادى على الأصول التي تقررت.

وقد منع في الكتاب اقتضاء المجموعة من القائمة والفرادى. وأجاز اقتضاء القائمة منها، وأجاز أيضاً الفرادى من القائمة دون المجموعة.

تنزيل هذا على ما تقدم من الأصول: أن المجموعة إذا اقتضيت من القائمة قابلت فضيلة الوزن، والجودة فضيلة العدد، وكـذلك في اقتضائهما من الفرادى تقابل فضيلة العدد.

وأما اقتضاء القائمة من الفرادى، فإن فضيلة الوزن انفردت من مقابل لها.

وكذلك في اقتضائهما منها.

وأما اقتضاء الفرادى من المجموعة فلمقابلة فضيلة الجودة لفضيلة الوزن.

وأما اقتضاء القائمة من المجموعة فكان مقتضى ما علّل به منع اقتضاء المجموعة منهما من مقابلة فضيلتي الجودة والوزن بفضيلة العدد المنع، لكن لما كانت المجموعة هي الثانية في الذمة والاعتبار فيهما بالوزن سقط اعتبار العدد، فتجردت فضيلتا الوزن والجودة عن مقابل لهما، فجاز الاقتضاء.

الفصــل الثانــي
في اعتبار السكة والصياغة في الاقتضاء

قال الشيخ أبو الطاهر: لا خلاف في المذهب أن السكة والصياغة معتبرتان في الاقتضاء.

ثم حكى عن أبي الحسن اللخمي أنه يُجري ذلك على قولين.

إذ أجرى الخلاف في الاقتضاء: هل بابه باب المراطلة أم لا؟، وعول على روايات منها قولهم: إذا أسلف قائمة بمعيار، أو باع بقائمة وزنها كذا، فإنه يجوز أن يقضي مجموعةً بمثل ذلك الوزن، وإن كانت أكثر عدداً.

قال: [وهذا أحد القولين أن الاقتضاء كالمراطلة.

قال الشيخ أبو الطاهر: وليس كما ظنه، والأصل أن العدد][1] إنما يعتبر إذا لم يكن التعامل بالوزن. وإذا تعاملا بالوزن فالعدد مطرح.

هذا تمام باب الصرف، وقد نجز بنجاز أركانه. والحمد لله.

[الربا في المطعومات]

النوع الثاني: في بيان حكم الربا في المطعومات. والكلام فيه يتعلق بأطراف:

الطرف الأول: فيما يجري فيه الربا من الأطعمة.

وهو كل ما تحققت فيه علته. وقد اختلف أهل المذهب في أن الأعيان الأربعة المنصوص عليها هل تنفرد كل عين منها بعلة تختص بها، ويلحق ما شاركها فيها، أو تشترك كلها في علة متحدة شاملة لجميعها.

فأما من قال باختصاص كل نوع بعلّة، فقال: علّة البر الاقتيات مع التوسع، وعلة الشعير الاقتيات مع ضيق الحال، وعلة التمر التفكه، وفيه معنى القوت، وعلة الملح إصلاح الأقوات، وهو أيضاً كالأدام فيها، فإن الخبز واللحم إذا لم يكن فيهما ملح نافرتهما الطباع.

وهذه العلل الأربع لا تنفك عن الادخار.

وأما القائلون باتحاد العلة فإنهم اختلفوا في تحقيقها.

فمنهم من قال: هي الاقتيات، وهو اختيار القاضي أبي إسحاق.

ومنهم من قال: هي الادخار.

ومنهم من جمع بين الوصفين فاعتبر مجموعهما.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

[١١/ب] قال بعض المتأخرين: وهذا هو المعول عليه في / المذهب.

وأضاف القاضيان أبو الحسن وأبو محمد إليهما وصفاً ثالثاً[١]، وهو كونه متخذاً للعيش غالباً.

وأنكر أبو الحسن اللخمي هذا، وقال: إنما يحسن هذا التعليل لوجوب الزكاة، فإنها متعلقة بما هو أصل في العيش غالباً، ولهذا لم يوجبها في الجوز واللوز، وإن كان يحرم فيهما الربا، لأنهما وإن ادخرا فلا يُدَّخَران لأنهما أصل في العيش غالباً. وأنكر أيضاً تعليل التمر بكونه متفكّهاً به لأجل أنه كان في زمن رسول الله ﷺ قوتاً.

هذا تلخيص طرق الأصحاب في تحقيق علة الربا، فيجري حكم الأطعمة على اختلافهم في تحقيق العلة.

وينقسم الطعام بحسب ذلك ثلاثة أقسام: قسم اتفق أهل المذهب على أنه ربوي، وهو ما اجتمع فيه الأوصاف الثلاثة فكان مقتاتاً مدّخراً متّخذاً للعيش غالباً، كالحنطة والشعير والسلت والعلس والأرز والدخن والذرة والقطاني والتمر والزبيب واللحم والملح إلى ما في معنى ذلك.

وقسم اتفق على أنه ليس بربوي لخلوّه عن جملة الأوصاف المذكورة، فليس متخذاً للعيش غالباً ولا مدّخراً ولا مقتاتاً، وهذا كالبقول مثل الخس والهِنْدَبا والقطف، وما أشبه ذلك، وكالفواكه التي لا تقتات ولا تدخر.

وقسم اختلف فيه لاتصافه ببعض الأوصاف المذكورة وخلوّه عن بعض، كالجوز واللوز والفستق والبندق، وغيرهما مما يدخر من الفواكه ولا يقتات. فمن اعتبر مجرد الادخار أجرى فيها الربا، ومن اعتبر الادخار والاقتيات لم يجره فيها.

قال الشيخ أبو الطاهر: وينخرط في سلك هذا الاختلاف أيضاً

(١) في الأصل: ثانياً.

الفواكه التي تدخر في قطر دون قطر كالخوخ والرمان والإجاص والكمثرى والموز ونحوها.

قال الإمام أبو عبد الله: وربما كان سبب هذا الاختلاف منازعة في المختلف فيه هل هو مما يدخر، أو لماذا يدخر هل للدواء وما في معناه أو للأكل والائتدام.

قال: والنكتة التي تدور عليها فروع هذا الباب هي اعتبار الغرض في مقتضى العادة في الطعام هل يدخر للدواء أو العلاج أو للاقتيات والأدم وإصلاح القوت.

فروع من هذا القسم.

الأول: في البيض. والمشهور من المذهب كونه ربوياً.

وعند الشيخ أبي إسحاق قولان.

وروى الشيخ أبو الحسن اللخمي أن كونه ربوياً أبيَن، لأنه مما يدّخر، وإنما يسرع إليه التغيّر في بعض أزمنة الصيف.

قال الشيخ أبو الطاهر: وهذا يقتضي كون الخلاف عنده على النظر إلى ما يدخر في قطر دون قطر أو في زمان دون زمان، وليس كذلك بل الخلاف على أن العلة هي الادخار للأكل، فيكون هذا ربوياً، أو يتقوت فلا يكون ربوياً.

الفرع الثاني: في اللبن.

قال الشيخ أبو الطاهر: ولم يختلف أهل المذهب في كون اللبن ربويّاً على اختلاف أصنافه، وهو إن كان لا يدخر على حالته فإنه يستخرج منه ما يدخر كالسمن والجبن.

قال أبو الحسن اللخمي: يختلف في بيع المخيض والمضروب بالمضروب متفاضلاً لأنهما لا يدّخران.

فمن منع التفاضل بينهما منع أن يباع شيء منه بحليب أو سمن أو زبد أو ما في معناه لأنه كالرطب باليابس.

ومن أجاز التفاضل أجاز بيعه بأي ذلك أحب من الحليب وغيره.

قال: وقال مالك في المدونة: لا بأس باللبن[1] باللبن الذي قد أخرج زبده[2] وهذا لا يصح إلا على القول بأن التفاضل بينهما جائِز، لأنه كالرطب باليابس، وأرى أن يجوز التفاضل في المخيض والمضروب، لأنه مما لا يدخر.

ومن منع ذلك حمله على الأصل.

قال الشيخ أبو الطاهر: وهذا الذي ذكره وما عوّل عليه من المدونة فيه نظر، لأنه لا خلاف في [المذهب][3] أن لبن الإبل ربوي، وإن كان لا يدخر، ولا يستخرج منه ما يدخر للإقتيات أو للأكل وليس ذلك إلا لأنه مقتات، وهو غالب أقوات الأعراب الذين خوطبوا بمبتدأ الشرع.

والمخيض المضروب فيه نوع من هذا المعنى. ولعل[4] إجازته في الكتاب اللبن الذي أخرج[5] زبده بالسمن بناء على أن السمن نقلته[6] الصنعة والنار / فصار كجنس ثان، وإذا احتمل ذلك فكيف لا يصح إلا على القول بجواز التفاضل؟. [١٢/ أ]

(١) س: بالسمن.
(٢) قد أخرج زبده: طمست في الأصل. وانظر المدونة: ٤/ ١٠٤- ١٠٥. كتاب السلم الثالث، في اللبن المضروب بالحليب.
(٣) المذهب: سقطت من الأصل.
(٤) في الأصل: ولعلى، وهو تصحيف.
(٥) س: قد أخرج.
(٦) في الأصل: تنقله.

الفـرع الثالـث: في جواز[1] الربا في الماء:

قال الإمام أبو عبد الله: لا ربا فيه عندنا، هذا هو المعروف من مذهبنا.

قال: وذكر القاضي أبو محمد: أن رواية ابن نافع بأن بيع الماء بالطعام إلى أجل لا يجوز، مخرج منهـا[2] إثبات الربا فيه.

قال: وهذا التخريج فيه نظر، فإن من المطعومات ما يحرم بيعه بالطعام إلى أجل، ويحرم بيعه قبل قبضه كالفاكهـة التي تقتات[3] ولا تدخر، ومع هذا المنع يجوز الربا فيها.

قال: فإن قلنا بتصحيح تخريج القاضي أبي محمد، وأثبتنا الربا فيه، فبيعت دار بدار، وفي كل دار منهما بئر حلوة، وكان فيهما عينان كذلك، فإن قلنا بأن الأَتْباع مقصودة في العقود [منعنا هذا البيع، وإن قلنا: الأَتْباع لا حصة لها من الثمن، وأنها غير مقصودة في العقود جاز البيع][4] وإن كان فيه الربا، لكون الماءين تَبَعاً في [الدارين.

فـرع من القسم الأول:

وهو حكم العنب الذي لا يجفّ زبيباً، والرطب] [5] الذي لا يتمر، والتين الذي لا ييبس.

وفي إجراء الربا فيها قولان، سببهما النظر إلى أنهـا أنواع من أجناسٍ الغالبُ ادخارها، فتعطى أحكام أجناسها. أو النظر إليها في

---

(١) س: جريان.

(٢) يخرج منه.

(٣) س: لا تقتات.

(٤) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٥) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

أنْفُسها، وهي لا تدخر فتعطى أحكام أنفسها. والنظران على مراعاة النوادر.

ومما يعدّ من القسم الثالث التوابل.

ففي جريان الربا فيها وعدمه قولان، لابن القاسم وأصبغ.

فابن القاسم نظر إلى أنها مصلحة للقوت.

وعلل أصبغ بأنها أكثر ما تستعمل على وجه التداوي.

وأما البصل والثوم فمخالفان للبقول، إذ الغالب فيها اليبس والادخار، فلا يجوز التفاضل، لا في رطبها ولا في يابسها.

قال بعض المتأخرين: وبالجملة فالرجوع في هذا الفصل إلى العوائد، وحقّ المفتي أن يحيل في كل نازلة تقع على أرباب العوائد، وإن حكم في شيء مطلقاً خرج عن باب الفتوى إلى باب الشهادة[1].

الطرف الثاني: في طريق المماثلة.

وهي في الحبوب الجافة، ما اعتبره الشرع فيها من كيل أو وزن، وما لم يكن له فيه منها اعتبار اعتبر فيه العادة العامة إن كانت. فإن اختلفت العوائد فيه قُدِّر بعادة أهل بلده، ولا يخرج عن العادة، فإن جرت العادة فيه بالوجهين قدر بأحدهما أيّهما كان.

فرع:

اختلف في بيع القمح بالدقيق، فقيل بالجواز مطلقاً، وقيل بنفيه كذلك: وقيل بجوازه بالوزن لا بالكيل.

---

(١) س: الشهادات.

ومثار الخلاف النظر إلى التساوي وقد وُجد، أو النظر إلى أن الدقيق له تخلخل، والقمح أزيد منه.

وأما التفرقة فبناء على أن الوزن يؤمن من الزيادة بخلاف الكيل.

وبعض المتأخرين يرى أن هذا تفسير القولين ويجعل المذهب على قول واحد.

وبعضهم ينكر ذلك ويقول: هذه التفرقة قد توقع في جهالة إذا كانت العادة فيهما الكيل دون الوزن. إذا كانت العادة جارية فيهما بهما صحّ هذا القول.

والمحاذرة عند الجميع من الخروج عن العادة لأنه انتقال[1] من العلم إلى الجهالة، والجهالة حالة العقد بالمماثلة كتحقق المفاضلة. وكذلك لا يجوز بيع صبرة بصبرة جزافاً، وإن خرجتا متساويتين، ولا بيع مدّ ودرهم بمدّ ودرهم، لأن حقيقة المماثلة غير معلومة إذ لو وُزع ما في أحد الجانبين على ما في الجانب الآخر باعتبار القيمة أفضى إلى المفاضلة.

واختلف في فرعين.

أحدهما:

مد قمح ومد دقيق بمدي قمح أو بمدي دقيق، فالمشهور المنع. وأجازه محمد.

وسبب الخلاف: هل يعد الدقيق كذهب مع ذهب أو كفضّة أو سلعة مع ذهب؟.

---

(١) في الأصل: انتقل.

فلهذا[1] شرط محمد في الإجارة أن يكون [الفضل][2] في أحد الجانبين كما تقدم في المراطلة بذهب مختلط.

وكذلك الخلاف لو كان قمح ودقيق بقمح ودقيق.

الفـرع الثانـي:

مد قمح ومد شعير بمدي قمح أو بمدي شعير.

والخلاف فيهما على ما تقدم. وأَحْرى هاهنا بالمنع كما صار إليه في المشهور، لأن الشعير كالصنف الآخر، والخلاف في عدّه صنفاً قائماً بنفسه أشهر منه في عد الدقيق صنفاً قائماً بنفسه.

قال بعض المتأخرين: ولهذا لم يذكروا خلافاً إذا كان مدّ قمح ومد شعير بمد قمح ومد شعير، بل منعوا.

فــروع من التحري.

[١٢/ب] **الأول** / حيث فقدنا الميزان فيما يقدّر بالوزن جاز التحري فيـه إذا كان يسيراً.

وقيل: لا يجوز كالكثير على المنصوص.

واستقرأ القاضي أبو الوليد جوازه في الكثير من جواز الشاة بالشاة مذبوحتين.

وحكى بعض المتأخرين جواز التحري مطلقاً من غير تقييد بوزن ولا بيسارة، وهو بعيد جداً.

الفـرع الثاني: وهو مرتب هو وما بعده من الأول:

---

(١) س: ولهذا.

(٢) الفضل: سقطت من الأصل.

وهـو أن اللحوم متى تُحُرِّيَتْ أو وُزِنت، وبيع بعضها ببعض، فهل تعتبر بقية من العظم فيُتَحَرَّى ما فيها منه حتى يسقط أو لا يلتفت إلى ذلك؟ قولان:

المشهور: نفي الالتفات إليه، لأنه موجود في أصل الخلقة، وبه قوام اللحم، فأشبه النوى في التمر.

والقول الثاني أنه شيء غير مقصـود وهو مُزال، فترك النظر فيه يؤدي إلى التفاضل[١]. ذكر ذلك الشيخ[٢] أبو إسحاق.

الثالث[٣]: من سِلكِه.

وهو أن البيض إذا قلنا بأنه ربوي، فأجزنا بيع بعضه ببعض تحرّياً، فإن كان فيه بيض نعام فهل تتحرى ويسقط قشره، حتى لا يجوز بيعه، إلا أن يستثنيه بائعه؟ قولان.

والاستثناء لأنه كسلعة مع ربوي فلا يجوز بيعه وهي معه بصنفـه. ونفى الاستثناء، لأنه غير مستقل إلا بالقشر، ولا يمكن بقاؤه مفرداً، فهو من ضرورته، فيعطى حكمَ العدم أو حكمَ ما هو حافظ له.

الـرابـع[٤]:

بيع الشاة بالشاة مذبوحتيـــن:

وفي جواز ذلك تحرياً قولان، وهما على ما تقدم من جواز التحري ومنعه، وفيه قول آخر أنه لا يجوز حتى يستثني كل واحد منهما جلد

---

(١) اضطربت عبارة هذه الجملة في الأصل.
(٢) س: ذكره الشيخ.
(٣) س: الفرع الثالث.
(٤) س: الفرع الرابع.

شاته، لأنه[1] سلعة مع ربا يقابل بمثله. ولم يلتفت إلى هذا في القولين الأولين، لأن الجلد حافظ كما قيل في القشر، أَوْلاً لأنه تبع، أو لأنه لحم، إذ يؤكل مسموطاً.

وعلى هذا عول القاضي أبو الوليد.

الخامس[2]:

بيع الخبز بالخبز، ورطوبتهما مختلفة.

وقد أجازوه تحرّياً. واختلف في الذي يتحرى فيه:

فرواية المتقدمين تحرِّي دقيقه.

وقال بعض المتأخرين: إنما يُتَحَرَّى الدقيق إذا كان الخبزان مما لا يجوز فيه التفاضل، فأما إن كان مما يجوز التفاضل بينهما كالقمح والذرة مثلاً، فلا يلتفت إلى الدقيق، ولكن يتحرّى الرطوبة في الخبز.

ورأى القاضي أبو الوليد أن النظر إلى تماثل الخبز في نفسه وزناً دون الالتفات إلى تحرّي الدقيق.

السادس[3]:

إذا قلنا بأنّ الألْوان كلها صنف [واحد][4] على ما سيأتي الخلاف فيه، فنبيع بعضها ببعض، فهل يُعتَبَرَ اللحم فيتحرَّى أو يعتبر هو والمرقة؟ قولان للمتأخرين.

ورأى بعضهم أن اعتبار المرق يخرَّج على الاختلاف في الأَتْباع هل تعطى أحكام أَنْفُسِها أو أحكام متبوعاتها؟.

قال غيره: وهذه شهادة بأن الأمراق تابعة.

---

(١) س: لأنها.

(٢) س: الفرع الخامس.

(٣) س: الفرع السادس.

(٤) واحد: سقطت من الأصل.

الطـرف الثـالـث:

في الحالة التي تعتبر المماثلة فيها.

وقد سئل رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر؟ فقال: «أينقص الرطب إذا جفّ؟ فقيل: نعم. فقال: فَلَا إِذاً»(١).

فقد نبّه ﷺ على اعتبار حالة الكمال. فإذا كان المبيع لا يقع فيه التماثل عندها منع بيعه بكامل.

وعلى هذا القول: لا يخلو الرطب من أن تكون رطوبته أصلية، وله كمال بعدها هو المقصود من نوعه، أو يكون كماله المقصود هو حال الرطوبة، وجفافه إنما يراد لمعنى آخر وتكون رطوبته طارئة بعد الكمال.

فهـذه ثـلاثـة أقسـام.

أما القسم الأول: فلا يجوز بيعه بكمال، وقد نص في الحديث على بيع الرطب بالتمر ويلحق به ما في معناه من الفواكه والحبوب.

ولمنعه سببان: توقّع الربا، كما نبه عليه النبي ﷺ(٢) في الحديث، والمزابنة، وهي تجري في الربا وغيره.

وهل يجـوز الرطـب بالرطـب؟.

أجازه في المشهور نظراً إلى الحال وهو مقصوده.

ومنع ابن الماجشون التفاتاً إلى حال الكمال.

قال بعض المتأخرين، وكأنـه رأى أن الرطـوبة مـا انضاف إلى التمر، وهو غير متساوٍ في الرطبين، وإذا لم يحصل متساوياً كان ذلك ربا في التمر.

---

(١) مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما يكره من بيع التمـر ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن، كما قال الزيلعي. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. انظر (طريق الرشد إلى تخريج أحاديث بداية المجتهد: ٢/ ٥٩، رقم ١١٣٧).

(٢) في الأصل: ولمنعه سببان كما نبه النبي.

فـــروع:

أحدها: بيع الحليب بالحليب. والمشهور: جوازه كالرطب بالرطب.

وحكى القاضي أبو الفرج رواية بالمنع.

قال بعض المتأخرين: وهو التفات إلى ما يخرج منهما.

[١٣/أ] **الفرع الثاني**: إن السمن بالسمن والزبد بالزبد / والجبن بالجبن، وما يتولد من اللبن كل واحد منها بصنفه جائز.

وأما الجبن بالحليب، وبالجملة كل واحد بغير صنفه، فإنه لا يجوز، لأنه من باب الرطب باليابس. والتماثل على مراعاة المآل معدوم.

قال بعض المتأخرين: وينبغي أن يختلف في الزبد [بالزبد](١)، لأن ما بعدهما حالة يبس، وهي السمنية.

هذا حكم ما اتفقت الرطوبة فيه إذا بيع بصنفه، فأما إن اختلفت الرطوبة فإن جواز بيعه يجري على تحرّي المساواة على ما تقدم في الخبز.

الفرع الثالث: البلح الكبير.

والمشهور من المذهب إلحاقه بالربويات.

ومال الشيخ أبو إسحاق إلى أنه غير ملحق بها، لأنه مما لا يدخر على حالته فأشبه الخضروات.

قال بعض المتأخرين: وقد يجري هذا الخلاف على الخلاف فيما لا يَتَمَّر، إلا أن ذلك يلحق بغالبه، وهذا لم يحصل في حدّ أنه(٢) غَالِبٌ، ويمكن أن يلحقه في المشهور بالربويات احتياطاً.

قال: وقد يكون في مبدأ البَسْرِيّة، ولا خلاف في البسر أنه ربويّ، وإن لم يمكن ادخاره.

---

(١) بالزبد: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: بياض مكان: حد أنه.

القسم الثاني:

أن يكون كماله حالة الرطوبة كالزيتون، فأما بيع رطبه برطبه فجائز قولاً واحداً، إذ المقصود حاله لا مآله.

وأما بيع رطبه بيابسه على تحري النقص ففيه خلاف ينبني على أن التحري يحيط بحقيقة النقص أم لا؟ وفي سلكه ببيع اللحم باللحم، فإن كانا رطبين فهو جائز وإن كان الرطب أحدهما فعلى ما قلناه.

قال بعض المتأخرين: إلا أن يكون الجافّ انضاف إليه من التوابل ما ألحقَه بصنف آخر فسيأتي حكمه.

فرع:

المشهور جواز بيع الجاف بالجاف، وقال ابن حبيب: لا خير في [بيع][1] القديد بالقديد لأن يبسه يختلف، ولا في الشواء بالشواء، لأنه لا يعتدل، ولا بيع أحدهما بالآخر.

قال بعض المتأخرين: وهذا اختلاف في شهادة بالتساوي أو بعدمه، ويختلف هل يجوز تحرّياً على ما تقدم.

القسم الثالث:

أن تكون الرطوبة طارئة، كالقمح المبلول مِثْلاً بمثل. فالمشهور المنع، لأن البلل يختلف.

وقيل بالجواز قياساً على الرطب بالرطب.

الطرف الرابع: معرفة الجنسية.

وقد ثبت في الحديث أن اختلاف الأجناس يبيح التفاضل. فالجنسية مشترطة بلا خلاف، والمعوّل فيها على تشابه المنافع أو تقاربها، فإن وقع التباين والتباعد انتفى التجانس.

(١) بيع: سقطت من الأصل.

وقد انقسمت الربويات بحسب هذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: ما اتفق على عده جنساً واحداً كأصناف الحنطة وأصناف التمر على اختلافها وأصناف الزبيب، وما أشبه ذلك(١).

وأما اللُّحْمان، فلحم ذوات الأربع جنس واحد، وحشيّها وإنسيّها، صغيرها وكبيرها. ولحم ذوات الريش [جنس](٢) واحد، داجنها وشاردها، صغيرها وكبيرها.

ودواب الماء جنس واحد.

والجراد صنف واحد(٣).

قال الإمام أبو عبد الله: والمعروف من المذهب [أن](٤) بيع بعضه ببعض متفاضلاً جائز.

وهكذا ذكر محمد عن أشهب.

قال: وذكر ابن حارث عن سحنون أنه يمنع بعضه ببعض متفاضلاً.

وإلى هذا مال بعض المتأخرين ورآه مما يدّخر.

وأما الألبان فما يتشابه في وجود الزبد وما يعمل منه جنس وغيره مختلف فيه، يأتي بيان حكمه.

القسم الثاني:

ما اتفق على أنه مختلف كالبر والتمر والزبيب [والملح](٥) والشعير واللحم.

وهذا لا يخفى حكمه، ولا يحتاج إلى التطويل في تمثيله.

---

(١) س: وما أشبه هذه.

(٢) جنس: سقطت من الأصل.

(٣) س: والجراد جنس رابع.

(٤) إن: سقطت من الأصل.

(٥) والملح: سقطت من الأصل.

القســم الثالــث:

ما اختلف فيه نصاً أو تخريجاً، وينحصر المقصود منه برسم مسائل.

إحداها: القمح والشعير. والمنصوص في المذهب أنهما صنف ويلحق بهما السُّلْت.

وقال الإمام أبو عبد الله: ولا يختلف المذهب في كون القمح والشعير [والسلت](١) صنفاً واحداً.

ورأى أبو القاسم السيوري أن القمح والشعير جنسان. ووافقه على ذلك بعض من تأخر عنه تمسّكاً بحديث عبادة بن الصامت(٢).

ورأوا(٣) أيضاً أن المنفعة متباعدة.

---

(١) والسلت: سقطت من الأصل.

(٢) رواه مسلم: الصحيح: كتاب المساقاة: باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً ١٢١٠/٢، الحديث ١٥٨٧، ١٢١١/٢؛ ورواه الترمذي: السنن: كتاب البيوع: باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل ٥٤١/٣، الحديث ١٢٤٠؛ ورواه أبو داود: السنن: كتاب البيوع والإجارات: باب في الصرف ٦٤٣/٣ ـ ٦٤٧، الحديثان ٣٣٤٩، ٣٣٥٠؛ ورواه النسائي: السنن: كتاب البيوع: باب بيع البرّ بالبرّ، وباب بيع الشعير بالشعير ٢٧٤/٧ ـ ٢٧٧؛ ورواه ابن ماجه: السنن: كتاب التجارات: باب الصرف ٧٥٧/٢، الحديث ٢٢٥٤؛ ورواه الدارمي: السنن: كتاب البيوع: باب في النهي عن الصرف ٦٥٤، الحديث الثاني؛ ورواه أحمد: المسند ٣١٤/٥؛ ورواه النسفي بطرقه المتعددة: السنن: كتاب البيوع: باب الأجناس التي ورد النصُّ بجريان الربا فيها ٢٧٦/٥ ـ ٢٧٨، وباب جواز التفاضل في الجنسين ٢٨٢/٥ ـ ٢٨٣؛ ورواه عبد الرزاق: المصنف: كتاب البيوع: باب الطعام مثلاً بمثل ٣٤/٨، الحديث ١٤١٩٣، ١٤١٩٤؛ ورواه ابن أبي شيبة: المصنف: كتاب البيوع والأقضية: في الحنطة بالشعير اثنين بواحد ١٥٨/٦، الحديث ٦٤٥.

(٣) في الأصل: وروى.

وتمسّك أهل المذهب بما روي في الموطأ[1] أن سعد بن أبي وقاص فني علف حماره، فقال لغلامه: خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيراً، ولا تأخذ إلا مثله.

وعن عبد الرحمن بن الأسود ومعيقب الدوسي مثله.

[١٣/ ب] وروى مسلم عن معمر بن عبد الله / أنه أرسل غلامه بصاع من قمح فقال: بعه، ثم اشتر به شعيراً. فذهب الغلام فأخذ به صاعاً وزيادة بعض صاع. فلما جاء معمر أخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فرُدَّه، ولا تأخذْ إلا مثلاً بمثل[2].

وهذا دليل على أن الأمر كان عندهم فاشياً بأنهما صنف واحد[3].

وأمَّـا حديث عبادة فقال القاضي أبو الوليد: ليس بالثابت[4].

ثم إن صحّ سنده ففيه وَهَن الانفراد[5] إذ أكثر الطرق عارية عنه.

وأما ما ذكروه من تباعد المنفعة فنظرٌ منهم إلى الرفاهية الحاصلة بالحنطة، وَهيَ غير مقصودة قصداً شرعياً، وإنما المقصود من الصنفين الاقتيات.

---

(١) كتاب البيوع، بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما. (تنوير الحوالك: ٢/٦٥).

(٢) رواه مسلم: الصحيح: كتاب المساقاة: باب بيع الطعام مثلاً بمثل ٢/١٢١٤، الحديث ١٥٩٢، ورواه أحمد: المسند: ٦/٤٠٠، ورواه النسفي: السُّنَن: كتاب البيوع: باب جواز التفاضل. . . ٥/٢٨٣.

(٣) س: جنس واحد.

(٤) المنتقى: ٥/٣.

(٥) الإفراد في الحديث على ثلاثة أنواع: الأول: معرفة سنن الرسول ﷺ يتفرد بها أهل مدينة واحدة عن الصحابي.

والثاني: ما يتفرد بروايته رجل واحد عن إمام من الأئمة.

والثالث: ما كان لأهل المدينة تفرد بها عنهم أهل مكة مثلاً.

انظر (معرفة علوم الحديث، للحاكم النيسابوري: ٩٦ وما بعدها، ط المكتب التجاري، بيروت).

وتكلم مالك رحمه الله على عادة أهل الحجاز، لأن الأحكام عليهم أنزلت أوّلاً، والناس تبع لهم، فينبغي أن يلتفت إلى عوائدهم، ومطلوبهم القوتية من الجميع.

المسألة الثانية:

إذا ثبت أن القمح والشعير صنف واحد، فإن السلت يلحق بهما بلا خلاف منصوص في المذهب. وهل يلحق بهما العلس، وهو الاشقالية، وهو حب إلى الاستطالة مصوّف عليه زغب، بين القمح[1] والشعير في الصفة؟.

ظاهر المذهب أنه غير ملحق بهما. وألحق في كتاب[2] ابن حبيب بهما.

الثالثة[3]:

الأرز والذرة والدخن:

والمشهور أنها لا تُلحق بالقمح والشعير وما معهما. وألْحقها ابن وهب بها.

وسبب الخلاف: النظر إلى التباين في الخلقة والمنفعة أو إلى أنّ العادة اختيارها للقوت.

فرع:

إذا قلنا: إنها لا تلحق بها فهل تكون جنساً واحداً أو أجناساً؟.

المشهور أنها أجناس.

---

(١) س: كأنه بين القمح.

(٢) س: وألحقه.

(٣) س: المسألة الثالثة.

وألْزم المتأخرون على مذهب ابن وهب أن تكون جنساً.

ونقل القاضي أبو الوليد ذلك عنه من رواية زيد بن بشر[1].

الرابعة[2]:

القطاني.

وقد اختلفت الروايات في عدها جنساً واحداً أو أجناساً، وهو خلاف في شهادة، كما تقدم.

فرع:

إذا قلنا: إنها أجناس، فهل ذلك جارٍ في جميعها أو يستثنى عن ذلك الحمص واللوبيا فيعدّان جنساً واحداً، والبسيلة والجلبان أيضاً كذلك؟.

في ذلك خلاف منشؤه التعويل على الشهادة في التفاوت أو التباين، وعلى ذلك أيضاً الاختلاف في الكرسنة، هل هي من القطاني أو هي صنف قائم برأسه؟.

الخامسة[3]:

التوابل.

إذا قلنا بأنها ربوية، هل هي جنس أو أجناس؟ قولان.

المشهور[4] أنها أجناس.

وكذلك اختلف في الأنيسون والثمار وفي الكمونين.

---

(١) انظر (المنتقى: ٥/٣).

(٢) س: المسألة الرابعة.

(٣) س: المسألة الخامسة.

(٤) س: والمشهور.

فحكى محمد عن ابن القاسم، أن الكمونين جنس، وأن الأنيسون والثمار جنس.

وقال القاضي أبو الوليد: الأظْهر عندي أن تكون أجناساً مختلفة لاختلاف منافعها وتباين الأغراض فيها، وأنها لا تتمازج في منبت ولا محصد، ولا يجزي بعضها عن بعض في شيء ولا تتقارب في صورة، وإنما يجمع الكمونين اسم الكمون.

قالوا: وليس بظاهر [في][1] الكمون الأسود، لأن اسم السونين[2] أظهر فيه وأكثر استعمالاً.

وهذا كله راجع إلى الشهادة كما تقدم.

السادسة[3]:

أخبـاز القطانـي.

هل هي أصناف مختلفة أو صنف واحد مع تسليم كون أصولها أصنافاً؟ قولان لابن القاسم وأشهب. وهما على الشهادة بالتباين أو التقارب.

تقرير[4].

نص أشهب على أن أخباز القطاني والشعير والسلت والأرز وما ذكر معه صنف واحد، وإن اختلفت الأصول. واختلف المتأخرون في الجاري على رأي ابن القاسم. فجعله أبو الحسن اللخمي وغيره موافقاً لأشهب لتقارب المنفعة في الأخباز.

قالوا: وقد كره في العتبية خبز البر بخبز الشعير متفاضلاً.

---

(١) في: سقطت من الأصل.

(٢) س: الشونين.

(٣) س: المسألة السادسة.

(٤) هنا يبدأ طمس في س، يتواصل في سبعة أسطر.

وهذا نصٌّ منه على تساوي الأخباز إذا جعلنا الكراهة بمعنى التحريم.

وجعله غيرهم مخالفاً له، واستشهدوا بقوله في أخباز القطاني.

وقال يحيى بن عمر: قال أبو إسحاق البرقي: كل ما أصله مختلف فخبزه أيضاً مختلف تبعاً لأصله.

وكل هذا جارٍ على الشهادة كما تكرر تقريره.

السابعة:

نبيذ التمر والزبيب. هل هما صنف أو صنفان؟. والمشهور: أنهما صنفان / تبعاً لأصولهما. [١٤/أ]

وعن القاضي أبي الفرج: أنهما صنف واحد، وهو شهادة بتقارب المنفعة.

تقريرات:

أحدها: إن المذهب على أن الأمراق واللحوم المطبوخة صنف، ولا يلتفت إلى اختلاف اللحوم، ولا إلى اختلاف ما يطبخ فيه.

وتعقب هذا بعض المتأخرين ورأى أن الزيرباج مثلاً مخالف للطباهجة مخالفة لا يتمادى فيها. وكذلك ما يُعمل من لحوم[1] الطير مخالف لما يُعمل من لحم المعز مثلاً.

الثاني: أنه قال في كتاب محمد: الهريسة بالأرز المطبوخ لا بأس بها مِثْلاً بمثل، فاشترط المثلية وجعلها صنفاً واحداً.

قال أصبغ: وهو مثل عجينها يُتَحرَّى، ولا يصلح إلا بذلك.

---

(١) س: لحم.

قال بعض المتأخرين: فإن أراد أن الهريسة عملت من الأرز فالذي قاله ظاهر على ما تقدم من الروايات، وإن أراد أنها عملت من القمح فهو بناء على أن المعمول من هذه الحبوب وإن كانت أصنافاً يعد صنفاً واحداً.

وقد تقدم الكلام على أخبازها، فليجر على ذلك.

الثالث: أنه قد يصنع من الصنف الواحد ما تدخله صنعة أو معنى، فيختلف كالخبز الذي فيه الأبزار، فقد أجازوا التفاضل بينهما.

قال بعض المتأخرين: وانظر في هذا مع قولهم: إن الألوان كلها صنف واحد.

فمقتضى هذا أن يجعلوا الكعك والخبز صنفاً واحداً، وهذا ما يُبيّن أن مبْنَى أقوالهم على الشهادات.

الرابع: فيما ينفصل[1] من الصنعة والطول.

قال الشيخ أبو الطاهر: وقد اتفق أهل المذهب على أن طحن هذه الحبوب لا يخرجها عن أصولها، وكذلك العجن[2] بعد الطحن. لأنّ الطحن تفريق أجزاء، والعجن إضافة. فإن خبزت انتقلت فصارت كصنف ثان.

وهكذا جعلوا القَلْي في الحبوب.

قال: وقد غـ . . .[3] مالك حتى يطبخ.

وأجازه ابن القاسم، وإن كان القلْي ليس بصنعة كثيرة[4]، لكن قد

(١) س: ينقــل.

(٢) في الأصل: العجين.

(٣) في الأصل بياض بعد الغين، وفي س: كلمة غير واضحة. وكأنها. (غمزه).

(٤) س: كبيرة.

أعدّه ذلك لمعنى غير ما يتخذ له اليابس، والضابط أن الصنعة متى كثرت جداً أخرجت عن الأصل، ومتى قلت فهي على وجهين:

أحدهما: أن يصير المصنوع معدّاً لغير مما أعد له الأصل فينتقل عن الأصل.

والآخر: أن لا يتغيّر بالصنعة، والمقصود الأوّل منه كثير تغير، فلا ينتقل عن الأصل.

وحيث اختلفوا في الشهادة بالتغيّر اختلف في حكم النقل.

ومن هذا يُعلم أن التجفيف في اللحم بنار أو شمس لا يعد ناقلاً، وأن الطبخ أو التجفيف بأبزار يعد ناقلا، وأن الاتخاذ من الحبوب سويقاً يعد ناقلاً.

واختلف المتأخرون في الصَّلق على قولين: هل يعد ناقلاً أم لا؟.

وعلى قياس ما تقدم فينبغي[1] أن يعد ناقلاً.

والتفت من لم يعدَّه ناقلاً إلى خفة الصنعة.

وقال بعض المتأخرين في الترمس: ناقل بطول المدة[2] بخلاف الفول. واختلف هل يكون الطول من غير صنعة مع الانتقال عن مقصود الأصل ناقلاً أم لا، وهذا كالخل بالزيت أو العنب أو التمر، والمشهور أنه ناقل.

وفي ثمانية أبى زيد: لا يعدّ ناقلاً، وراعى فيه المزابنة.

ومقتضى ما تقدم عدّه ناقلاً، لكن نظر في القول الشاذ إلى قلة الصنعة، وأنه ليس فيه إلا تفريق أجزاء، فأشبه الدقيق.

---

(١) س: ينبغي.

(٢) س: أمده.

الباب الثالث

في فساد العقد من جهة نهي الشرع عنه[1]

وعندنا أن مطلق النهي عن العقد يدل على فساده، إلا أن يقوم دليل. هكذا حكى[2] القاضي أبو محمد عن أهل المذهب.

[بيع اللحم باللحم]

فمن العقود المنهيّ عنها: بيع الحيوان باللحم. ومحمله عندنا عن الجنس الواحد من مأكول اللحم.

قال ابن القاسم: ولم أر عند مالك تفسير حديث النبي ﷺ في الحيوان باللحم إلا من صنف واحد[3] لموضع الفضل والمزابنة، وهو عام في كل حي.

وخصصه الشيخ أبو بكر والقاضيان أبو الحسن وأبو محمد في الحيّ الذي لا يراد إلا للذبح[4].

واختلف فيما لا تطول حياته ولا يدّخر لمنفعة فيه إلا اللحم هل هو كالذي يقتنى لمنفعة التفاتاً إلى وجود الحياة وتعلقاً بظاهر الحديث / أو [١٤/ب] كاللحم؟ والأول قول أشهب، والثاني قول ابن القاسم، وهو يأخذ

(١) في الأصل: نهي الشارع عليه السلام عنه.
(٢) س: حكاه.
(٣) الموطأ: كتاب البيوع، بيع الحيوان باللحم (تنوير الحوالك: ٢/ ٧٠).
(٤) الإشراف على مسائل الخلاف: ١/ ٢٦١.

بالأحوط، فيجعله مع الحي كاللحم، ومع اللحم يلتفت إلى حياته، وهو نظر إلى تقدير المنع على تفصيل الأوجه، وهو الأصل في تقدير التهم فمتى أمكن توجهها بها حكم بها.

قال بعض المتأخرين: والقولان مرويان.

وإذا فرعنا على قول ابن القاسم، فكان الحيوان مما لا منفعة فيه إلا اللحم إلا أنه تطول حياته، فهل يلحق بما لا تطول حياته مما لا منفعة فيه إلا اللحم؟ قولان.

وأما ما تطول حياته من الوحشيّ فهو كالإنسيّ في ذلك.

وقال ابن حبيب: هو كالذي لا تطول حياته، وإن[1] كانت المنفعة المستفادة من الحيوان يسيرة كالصوف في الكبش الخصيّ، فقال ابن القاسم مرة: هو كالخصيّ. وجعله مرة كاللحم. وروى في العتيبية في التيس الخصيّ إن كان لا منفعة فيه ناجزة ولا منتظرة، فهو مثل ما ذكرناه. يريد في المنع.

قال: وأرى أن يجوز، لأنّ العرب ترغب فيه لشعره، وغيرهم...[2] ويتنزل على الخلاف فيما لا تطول حياته الخلاف في بيعه بغير جنسه أو بالطعام نسيئة.

فرع:

اختلف في اللحم المطبوخ هل هو مخالف في الحكم للنِّيِّءِ لدخول الصنعة فيه، فصار كجنس آخر، أو هو جار مجراه في المنع، على قولين لابن القاسم وأشهب.

---

(١) س: ولو.

(٢) كلمة غير واضحة في النسختين.

[بيع الطعام قبل قبضه]

ومن العقود المنهي عنـها بيع الطعام قبل قبضه. وسيأتي حكمه مفصلاً إن شاء الله.

[بيع الكالىء بالكالىء]

ومنها: بيع الكالىء بالكالىء، وهو الدين بالدين، وهذا لا خلاف في فساده[1].

[بـيع الـغرر]

ومنها بيع الغرر. قال القاضي أبو الوليد: معناه ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر.

قال: فهذا الذي لا خلاف في المنع منه. وأما يسير الغرر فإنه لا يؤثر في فساد عقده[2] لأنه لا يكاد يخلو عقد منه، وإنما يختلف العلماء في فساد أعيان العقود لاختلافهم فيما فيه من الغرر، هل هو في حيّز الكثير الذي يمنع الصحة، أو في حيز القليل الذي لا يمنعها؟[3].

وعبر الإمام أبو عبد الله عن هذا المقصود بأن ما كان من الغرر نزراً يسيراً غير مقصود، وتدعو الضرورة إلى العفو عنه[4] فلا يؤثر في فساد البيع، ورأى أن هذا هو المتفق عليه، وأن الخلاف بين العلماء في المسائل المشتملة على الغرر راجع إلى هذا الأصل، فمن أجاز قدّر أن الغرر فيما يسأل عنه [غير مقصود][5]، ومن منع قدّر أن الغرر مقصود.

إذا تقرر هذا فقد ورد النهي عن بياعات بسبب اشتمالهـا على الغرر. فمن ذلك: بيع المضامين والملاقيح وحبل حبلة[6].

---

(١) في الأصل: ولا خلاف فيه.

(٢) في الأصل: في فساد بيع، وهو تصحيف. (٣) المنتقى: ٤١/٥.

(٤) اضطربت العبارة في الأصل. (٥) غير مقصود: سقطت من الأصل.

(٦) أخرج مالك عن سعيد بن المسيب أنه قال: لا ربا في الحيوان وإنما نهي من =

وفي الموطأ أن المضامين ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح ما في ظهور الجمال.

وقال ابن حبيب: المضامين ما في ظهور الفحول، والملاقيح ما في بطون الإناث، ولا يضر اختلاف التفسيرين، فإن البيعين فاسدان.

وأما حبل حبلة، ففي الموطأ أنه كان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج الذي في بطنها[1].

وقال ابن حبيب: حبل حبلة بيع نتاج الناقة، ورواه عن مالك.

فالتفسير الأول يرجع إلى جهالة الأجل، والثاني يرجع إلى أن المبيع[2] ليس بمملوك ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه. وكذلك المضامين والملاقيح إلا أن وصف المملوكية لا ينبني عما في البطن إذ ملكه تابع لملك أمه[3].

ومنه: بيع الملامسة[4]، وهو أن يلمس الثوب، فيلزمه البيع بلمسه من غير أن يتبيّنه.

ومنه: بيع المنابذة[5]، وهو أن ينبذ أحدهما ثوبه إلى الآخر، وينبذ الآخر ثوبه إليه، فيجب البيع بذلك.

= الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ـ الموطأ، كتاب البيوع، ما لا يجوز من بيع الحيوان، وانظر: طريق الرشد تخريج أحاديث بداية ابن رشد: ٢/ ٦٤ رقم ١١٤٨.

(١) الموطأ، كتاب البيوع، ما لا يجوز من بيع الحيوان.

(٢) في الأصل: البيع، وهو تصحيف.

(٣) في الأصل: تابع لها.

(٤) حديث النهي عن هذا البيع أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، الملامسة والمنابذة.

(٥) أخرج مالك حديث النهي عن هذا البيع في نفس الكتاب والباب. وحديث النهي =

ومنه: بيع الحصاة، وصفته أن تكون بيده حصاة فيقول: إذا سقطت من يدي فقد وجب البيع.

وقيل: تكون ثياب عدة، فعلى أيّها[1] سقطت الحصاة فقد تعيّن.

قال الإمام أبو عبد الله: لو كان المراد إسقاط الحصاة باختياره لكان البيع بيع خيار[2] إذا قدر في / ذلك أجلاً يجوز إليه الخيار. [١٥/أ]

قال: وكذلك إذا أراد إن سقطت الحصاة على ثوب بعينه، فقد عينت ذلك للبيع، وكانت الثياب متساوية، فإن هذا أيضاً كبيع ثوب من ثوبين بخيار البائع، فيكون محل النهي على غير الصور التي ذكرناها.

ومنه بيع عسب[3] الفحل[4].

ومحل النهي فيه على استئجار الفحل[5] على عقوق الأنثى، وهو فاسد لأنه غير مقدور على تسليمه.

فأما إن استأجره على أن يحمله عليها دفعات معلومة فذلك جائز، إذ هو أمر معلوم في نفسه ومقدور على تسليمه.

= عن المنابذة والملامسة متفق عليه (طريق الرشد إلى تخريج أحاديث بداية ابن رشد ٢/ ٦٣- رقم ١١٤٥).

(١) س: فيقول: على أيها.

(٢) في الأصل: اختيار.

(٣) في النسختين: عسيب، وما أثبتناه مناسب للسياق، لأن العسيب: الجريدة المستقيمة من النخل، وله معان أخرى لا تناسب هذا السياق أيضاً. أما العسب فهو ماء الفحل، فرساً كان أو بعيراً، ولا يتصرف منه فعل. يقال: قطع الله عسبه وعسبه أي ماءه ونسله. والعسب: طرق الفحل أي ضرابه (اللسان: عسب).

(٤) عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب وعسب الفحل. أخرجه ابن ماجه في (سننه: ٢/ ٧٣١ رقم ٢١٦٠ ـ كتاب التجارات باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وعسب الفحل، وأخرجه البخاري: كتاب الإجارة (باب ٢١)، وأبو داود: البيوع، باب ٤٢ (٢/ ٧١١) وغيرهما.

(٥) س: نزوات الفحل.

ومنه بيعتان في بيعة. كقوله: بعتك هذا الثوب بعشرة نقداً أو خمسة عشر إلى أجل، على أنه قد وجب بأحد الثمنين.

[اجتماع البيع والشرط]

ومما نهي عنه في العقود: بيع وشرط[1]. ومحل النهي فيه على شرط يناقض مقصود العقد أو يعود بغرر في الثمن.

فالأول: كشرط أن لا يبيع ولا يهب، ونحو ذلك من منْع التصرّف، ويُستثنى من هذا شرط تنجيز العتق للسنّة الواردة به.

والثاني: كشرط السلف من أحد المتبايعين، سمح مشترطه[2] في اقتضائه ولم يسمح بإسقاطه. فأما إن نزل وسقط فالمشهور أنه يمضي.

وقيل: يفسخ.

قال سحنون: ويمضي إلا أن يقبض السلفَ ويغيب عليه، فيردّ وينقض البيع ويرد السلعة إذا تمّ الربا.

وسبب الخلاف في القولين الأولين: هل يعدّ الممنوع من منفعة السلف موهوباً، فإذا سمح[3] مشترطهُ[4] بإسقاطه تبين أن ما توهّم من ذلك غير صحيح أو يعدّ معلوماً، فيكونان قد دخلا على الفساد، فيفسخ على كل حال[5].

---

(١) عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم قال: «قال رسول الله ﷺ: لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في البيع...» رواه الخمسة وصححه الترمذي. انظر (سبل السلام: ٢/ ٤٧٨- ٤٧٩).

(٢) غير واضحة في س.

(٣) في الأصل: بياض مكان سمح.

(٤) في الأصل: مشترط.

(٥) س: الأحوال.

فـــروع:

الأول: لو رُدَّ السلف بعد القبض، فهل يصح البيع برده؟. على القول بأن إسقاطه قبل القبض يصح به البيع أم لا؟ قولان.

وسبب الخلاف ما تقدم من عدّ المانع موهوماً، فإذا رد السلف بطل الموهوم، أو عدّ المانع معلوماً[١] لا سيما أن القبض قد حقق ما كان موهوماً على النظر الآخر.

الفـرع الثانـي:

إذا فاتت السلعة في الصورة [الأولى][٢]، وهي ما إذا أسقط السلف قبل القبض، فما الذي يكون فيها؟ هل[٣] القيمة مطلقاً، أو يُنظر، فإن كان البائع هو المسلف كان فيه الأقل من القيمـة أو الثمن، وإن كان المشتري هو المسلف[٤] كان فيها الأكثر منها.

والتفصيل هو المشهور، فنظر في الشاذ إلى قياس البيع الفاسد، ونظر في المشهور إلى ما وقع التراضي به مع الالتفات إلى أن البيع ليس بفاسد إذا رضي مشترط السلف بإسقاطه.

الفـرع الثـالـث، وهو مرتب:

إذا قلنا بالتفصيل على المشهور، فكان المسلف هو المشتري[٥]، قيل: يكون له الأكثر من القيمة أو الثمن مطلقاً أو يشترط أن لا تزيد القيمة على الثمن وجملة السلف. قولان.

---

(١) في الأصل: نقص واضطراب عبارة.
(٢) الأولى: سقطت من الأصل.
(٣) القبض. . .هل: بياض مكانها في الأصل.
(٤) المشتري هو المسلف: مكانها بياض في الأصل.
(٥) في الأصل: العبارة مضطربة.

والإطلاق هو المشهور، والاشتراط شاذ.

الفـرع الـرابـع:

إذا فاتت السلعة في الصورة الثانية، وهي مـا إذا رد السلف قبل قبضه، فعلى القول الشاذ[1]، فلا خفاء بوجود القيمة مطلقاً.

وأما على القول المشهور فقولان:

أحدهما كالشاذ، وهو بناء على أن الفساد قد يلحق بالقبض.

والثاني: وجوبها على التفصيل المتقدم، وهو بناء على القول بأن إسقاط السلف في هذه الصورة يقتضي تمام البيع. هذا محل النهي.

فأما شرط لا يناقض مقصود العقد ومقتضاه بل هو من مصلحته [كشرط الرهن][2] والكفيل والأجل المعلوم والخيار الصحيح، فكل ذلك خارج عن محل النهي، ويصح البيع مع اشتراطه[3].

[بـيـع الـعـربـان]

ومنها بيع العُرْبان. وصفته: أن يشترى سلعة بثمن معلوم ويُعَرْبِنُ شيئاً على أنه إن رضي كان ذلك العربون من الثمن، وإن كره لم يعد إليه، وهو من أكل المال بالباطل.

[بيـع الكلـب]

ومنهـا بيـع الكلـب.

ولا شك في دخول المنهي عن اتخاذه تحت النهي والمنع من بيعه وعدم صحته.

---

(١) س: فأما على القول الشاذ.

(٢) كشرط الرهن: سقطت من الأصل.

(٣) في الأصل: مع اشتراط.

فأما المأذون في الانتفاع به فالنص على كراهة بيعه. واختلف الأصحاب في تنزيله على التحريم أو حمله على ظاهره.

وقال [القاضي][1] أبو الحسن: يكره بيعه، فإن بيع لم يفسخ.

وقال القاضي أبو بكر: / الصحيح عندي جواز بيعه. [١٥/ب]

[فصل الصغير عن أمه]

ومنها: إفراد الأم بالبيع عن ولدها الصغير أو إفراده عنها.

واختلف في حدّ الصغر المانع من التفرقة.

فالمشهور عن مالك وابن القاسم أنه ما لم يستغن عن أمه، والعَلَم على ذلك الإثغار، ما لم يعجّل.

قال مالك في تفسير الاستغناء، هو أن يستغني عن أمه في طعامه وشرابه وقيامه ومنامه.

وقال ابن حبيب: إذا بلغ[2] سبع سنين.

وفي كتاب محمد إلى العشر، لأنه علَّقه بوقت[3] الأدب على الصلاة.

وروى ابن غانم: لا يفرق بينهما إلى البلوغ، لأن التفرقة عنده إذا بلغ الاحتلام.

ونقل عن محمد بن عبد الحكم أنه ذهب إلى أنه لا يفرق بين الأم وولدها طول [ما عاشا][4].

---

(١) س: القاضي: سقطت من الأصل.

(٢) س: يفرق بينهما إذا بلغ.

(٣) في الأصل تصحيف إلى: عقله يرقب.

(٤) ما عاشا: سقطت من الأصل.

فـــرعـــــان:

الأول: إذا وقع البيع على التفرقة المنهي عنها، فحكى ابن حبيب أن البيع يفسخ ويُعاقَبان. حكى ذلك مطلقاً من غير تقييد.

وإليه ذهب القاضي أبـو محمد فقـال: إنه بـاطل كبيـع الخمر والخنزير، ويُفسَخ ولو رضي بالجمع بينهما.

واختار محمد إمضاء البيع على كل حال وإزالة سبب النهي بالبيع عليهما، إذا لم يتراضيا بالجمع طوعاً منهما.

وقال ابن القاسم: إن تراضيا بالجمع لم يفسخ، وإن [لم يتراضيا][1] فسخ.

وسبب الخلاف بينهما: هل النهي[2] من حقّ الله تعالى فيحرم على القول الأول، أو لحق الأم في تولّيها، أو الولدِ في فقد رفق أمه على القولين فيهما، فيُخرَّج على ذلك القولان الآخران.

ثم سبب الخـلاف بينهما تصـور زوال سبب النهي من غير أن يتراضيا بالبيع عليهما، وعدم تصوره شرعاً، إذ يـؤول إلى الوقوع في المنهي عنه[3] أيضاً، وهو جمع السلعتين لمالكين في عقد واحد.

الفـرع الثـانـي:

إذا كانت الأمّ بيد مالك وولدها بيد غيره، وعُلم أن ذلك عن بيع أو جُهل كونه عن بيع أو هبة، فإن الحكم أن يجمع بينهما في ملك واحد، فإن كانا في أيديهما من غير عوض كهبة[4] أو صدقة، أو كان

---

(١) في الأصل: وإن تراضيا، وهو خطأ.

(٢) من: سقطت من س.

(٣) س: في منهي عنه.

(٤) في الأصل: من غير هبة.

أحدهما بعوض والآخر بغير عوض، فقال مالك: إن جمعاهما في حوز جاز.

وقال في كتاب محمد: يجمعان في ملك أو يباعان.

وقال مطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: إذا كان شَمْلُهُما[1] واحداً ومسكنهما واحداً كالوالد والولد والزوج والزوجة والإخوة يكون شملهم واحداً ودارهم واحدة فإن الجمع في حوز يكفي. فإن لم يكن شملهما واحداً فلا بدّ من جمع الأم وولدها في ملك واحد.

[البيع على بيع الأخ]

ومنها بيع الإنسان على بيع أخيه[2].

ومحمل النهي فيه إذا ركن البائع إلى المبتاع وقرب اتفاقهما.

[بيع النجش]

ومنها بيع النجْش[3]. وهو أن يزيد في السلعة، وهو غير راغب فيها ليغرّ المشتري بالترغيب.

فروع:

أحدها: إذا وقع البيع على وجه النجْش ففي المدونة من رواية عيسى عن ابن القاسم: إذا علم [بذلك][4] المبتاع فله أن يرد ما لم يفت، فإن فاتت فله أن يأخذها بقيمتها ما لم تكن أكثر مما ابتاعها به فلا يزاد عليه.

(١) في الأصل: إذا جمعهما.

(٢) حديث«النهي عن بيع الرجل على بيع أخيه»متفق عليه، من حديث ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهما. (طريق الرشد: ٢/ ٧١ رقم ١١٧٢).

(٣) أخرج البخاري عن ابن عمر:«نهى النبي ﷺ عن النجش». وأخرجه مسلم عن أبي هريرة. (طريق الرشد: ٢/ ٧١- ٧٢ رقم ١١٧٥).

(٤) بذلك: سقطت من الأصل.

وقال الإمام أبو عبد الله: المشهور من المذهب أنه ليس بمفسوخ، كبيع المُصَرَّاة.

قال: وحكى القزويني[1] [عن مالك][2]: أن البيع مفسوخ للنهي الوارد عن النجش[3]، والنهي يدل على فساد المنهي عنه.

قال: وهكذا قال ابن الجهم.

فالأول اعتبار لكون النهي لمعنى خارج عن معنى البيع[4] كالنكاح في العدة والإحرام.

الفــرع الثانـي:

قال الإمام أبو عبد الله: ولو كان التغرير بالزيادة من جهة البائع لكان للمشتري مقال في رد المبيع، مثل أن يقول البائع للمشتري هذه السلعة بمائة، فاغترّ المشتري بقوله ثم ثبت بالبينة[5] أو الإقرار أن البائع إنما اشتراها بتسعين.

الفــرع الثـالـث:

ما سئل عنه مالك من ثلاثة أشراك في سلعة أرادوا التفاضل فيها، فقال أحدهم لآخر منهم: أخرجْ منها إذا تقاومنا[6] ليقتدي بك الثالث فيكون[7] بيني وبينك نصفين. فنهى مالك عن هذا، ورأى ذلك تغريراً

---

(١) أحمد بن محمد بن زيد أبو سعيد: عالم بالحديث، زاهد، له كتب في الخلاف. توفي بعد ٣٩٠ - (الديباج: ١/١٦٢).

(٢) عن مالك: سقطت من الأصل.

(٣) النجش: في الأصل مكانها بياض.

(٤) في الأصل: عن البيع.

(٥) العبارة مضطربة في الأصل.

(٦) في الأصل: إذا تقاومنها.

(٧) س: ويكون.

وخدعة[1] / وتدليساً على الثالث[2] وصار[3] في معنى النجش. [١٦/أ]

قال ابن حبيب: لم يأخذ بها أصبغ، ولم يره من النجش؛ وبه أقول، لأن صاحبه لم يرد أن يقتدي بزيادته، إنما أمسك على الزيادة، فيرخصه على نفسه، وعلى صاحبه، فلا بأس بذلك.

[بيع الحاضر للبادي]

ومنها[4] بيع الحاضر للبادي[5].

ويلحق به شراؤه على إحدى الروايتين.

فـــروع:

الأول: هل يتخصص النهي بالبيع للأعراب أهل العمود الذين يجهلون[6] الأسعار أو يجري في كل وارد على مكان، ولو كان من أهل مدينة، روايتان:

الأولـــى: مذهـــب الموطـــإ.

والثانيـــة: رواية محمـــد، إذ قال: لا يبيع مدني لمصري، ولا حضري لبدوي.

وحمل الإمام أبو عبد الله هذه الرواية في حق المدني على ما إذا ورد على مدينة وهو جاهل بأسعار المدينة[7] يمكن غبنه، وينتفع أهل

---

(١) وخدعة: سقطت من س.

(٢) على الثالث: سقطت من س.

(٣) س: فصار.

(٤) زيادة اقتضاها السياق ولم ترد في النسخ المعتمدة.

(٥) حديث النهي عن أن يبيع حاضر لباد متفق عليه من حديث أنس رضي الله عنه. (طريق الرشد: ٢/ ٧١ رقم ١١٧٤).

(٦) في الأصل: يحملون، وهو تصحيف.

(٧) س: وهو جاهل بأسعارها.

المدينة بوروده عليهم مع كونه في الغالب [ربح][1] فيما أتى به، فلم يمنع استرخاصه.

الفرع الثاني، وهو مرتب::

إذا قلنا برواية محمد، فلو أرسل قريب أو صديق بضاعة من بلد آخر إلى قريبه أو صديقه ليبيعها له[2] ببلده فلا يفعل.

الفرع الثالث:

إذا قدم البدوي المدينة فاستشار الحضري في البيع، فإن مالكاً قال: لا يشار على البادي فأجرى مشورته عليه[3] مجرى بيعه له، لأنها تقوم مقام السمسرة له والنيابة عنه في البيع[4]، وكره أيضاً أن يخبره عن السعر فرأى أن إخباره عن السعر كالمشورة، والمشورة[5] كالبيع.

قال محمد: هذا فيما أتوا به للبيع.

ومنها: البيع يوم الجمعة بعد النداء الموجب للسعي[6] ممن يلزمهما أو أحدهما الجمعة.

فـــروع:

أحـدهـــا: إذا وقع البيع على الوجه المنهي عنه فإنه يفسخ على المشهور.

---

(١) ربح: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: لينفقها له.

(٣) س: إشارته عليه.

(٤) في الأصل: مقام السمسرة والنيابة في البيع.

(٥) س: كالإشارة: والإشارة.

(٦) قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾. الجمعة: ٩.

وفي المجموعة: لا يفسخ.

وفي ثمانية أبي زيد عن ابن الماجشون قال: يفسخ في حق من اعتاد ذلك وتكرر منه، ولا يفسخ في حق غيره.

الفرع الثاني:

إذا فات البيع فقال ابن عبدوس: يمضي بالثمن، فإنه[1] لا فساد فيه.

وقال ابن القاسم: يمضي بالقيمة لئلا يتمّ ما دخلا عليه.

الفرع الثالث:

إذا قلت[2]: يمضي بالقيمة، فهل يُقوَّم بعد انقضاء الصلاة إذ لا قيمة في ذلك الوقت شرعاً، أو يُقدّر خلوّ الوقت عن النهي، ثم يقوّم؟ فيه قولان: لأشهب وابن القاسم. ثمرتهما: تعيّن إحدى الذمتين عند اختلاف الأسواق بين هذين الوقتين.

[تلقي السلع]

ومنها تلقي السلع قبل أن تورد الأسواق[3]: فلا يجوز التلقّي.

فإن وقع البيع بالتلقّي[4] فروى ابن القاسم: يُنهَى، فإن عاد أُدِّب، ولا يُنتَزَع منه شيء، وهو اختيار أشهب.

---

(١) س: إذ.

(٢) س: إذا قلنا.

(٣) أخرج مالك عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلقوا الركبان للبيع» الموطأ: كتاب البيوع، ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة (تنوير الحوالك: ٢/٨٦).

(٤) س: على وجه التلقي.

وروى ابن وهب: ينتزع منه ما ابتاع، ويباع[1] لأهل السوق، فما ربح فهو بينهم والوضيعة[2] على المتلقّي.

قال ابن القاسم: أرى أن يشترك فيها التجار وغيرهم ممن يطلب ذلك، ويكون كأحدهم.

وقاله ابن عبد الحكم بالحصص بالثمن الأول.

وقال أصبغ بقول مالك الأول، وإن عاد أُدّب ونُفِي من السوق.

واختار محمد أن يُردّ شراؤه وتردّ السلعة على بائعها. وبه قال ابن حبيب.

وروى أيضاً يؤدب المتلقي.

قال ابن القاسم: إلا أن يُعذَر بجهل، وكذلك في الحاضر يبيع للبادي.

وقال ابن وهب: يُزجَر ولم يبلغ به الأدب.

فـــرع:

اختلفت الروايات في حدّ التلقي، فروي: المِيل، وروي: الفرسخان.

وفي الواضحة: لا تتلقّى السلع، وإن كانت على مسيرة يوم أو يومين.

---

(١) س: فيباع.

(٢) الوضيعة: الخسارة ـ يقال: وضع في تجارته وضيعة إذا خسر (المصباح: وضع).

خاتمة لهذا الباب

بذكر ما يترتب على العقد الفاسد، وما يتصل به من قبض أو فوات. والمقصود النظر في نقل الضمان، وفي نقل الملك.

النظر الأول في نقل الضمان:

ولا يحصل بمجرد العقد الفاسد، فإن مكن البائع المبتاع من قبض البيع فتركه اختياراً، أو نقد المبتاع الثمن للبائع، فقال أشهب: ينتقل الضمان لكلّ واحد منهما.

وقال ابن القاسم: لا ينتقل إلا بالقبض.

ويتخرج خلافهما على أن تبدل النية مع بقاء البدل[1] هل يؤثر في حكم الضمان أم لا؟ فإن اتصل بالعقد الفاسد القبض انتقل الضمان انتقالاً تقتضيه شبهة الملك لا حقيقة.

/ وقال سحنون: إن كان البيع مجمعاً على فساده لم ينتقل الملك [١٦/ب] ولا شبهته ولا يضمنه[2] المبتاع إلا ضمان الرهان.

ثم حيث أوجبنا عليه القيمة عند التلف تحت يده، فالمتعين قيمته يوم القبض لا يوم العقد.

فرع:

لو عثر على العقد قبل الفوت ففسخ بعد أن استغلّ أو استعمل لم يلزمه عوض عن ذلك إذ الخراج بالضمان.

---

(١) س: اليد.

(٢) في الأصل: ولا ضمنه.

النظـر الثـانـي:
في نقـل الملك في البيـع الفاسـد.

ولا ينتقل بمجرد العقد، ولا باتصال القبض به على المعروف من المذهب.

وذكر محمد بن مسلمة أن الفسخ بعد القبض استحسان.

وذا القول [منه](1) يشير إلى أن القياس منع الفسخ بمجرد القبض. ومقتضى هذا أن العقد الفاسد إذا اتصل به القبض نقل الملك. فأما إن تعقب القبض الفواتُ فإن الملك ينتقل، ويجب المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا مثل له.

ثم النظر في الفوات يتعلق بحكمه وأسبابه.

أما حكمه فنقل الملك كما بيّنّا، وإيجاب المثل أو القيمة. لكن اختلفت الرواية في تعميم هذا الحكم في جميع البيعات الفاسدة ما اتفق على فساده منها، وما اختلف فيه، أو تخصيصه بما كان من الحرام البيّن، من الربا وغيره. فأما ما كُره إذا فات [فيمضي](2) بالثمن. والتعميم رواية ابن نافع، والتخصيص رواية ابن القاسم.

قال القاضي أبو محمد: والأول أقيس.

وأما أسباب الفوات فأربعة: تغيّر الذات، وتغيّر السوق، والخروج عن اليد بالبيع، وتعلّق حق آخر بها.

فأما السبب الأول وهو تغير الذات، فهو عامل في جميع أنواع المبيعـات الأربعة: العقـار، والعروض، والحيـوان، وذوات الأمثـال: المكيلات والموزونات والمعدودات.

---

(١) منه: سقطت من الأصل.

(٢) فيمضي: سقطت من الأصل.

فيفوت العقار بذهاب عينه واندراسه الذي يقوم مقام ذهاب عينه، إذ يستحيل رد العين بعد تلفها.

وتفوت الدور منه بالهدم والبناء، والأرض بالغرس فيها، وقلعه منها، وحفر الآبار، وشق العيون، وما في معنى ذلك، لكون هذه الأحوال يتحول معها الغرض المقصود من العقار. وإذا تبدل الغرض المقصُود من العين صارت كأنها غير موجودة.

وتفوت العروض أيضاً بذهاب عينها وتغيّرها في ذاتها، وكذلك الحيوان وذوات الأمثال.

وأما السبب الثاني فهو تغير السوق، فيختص عمله في المشهور بالنوعين المتوسطين: العروض والحيوان.

وأعمله ابن وهب في الأنواع الأربعة.

قال الإمام أبو عبد الله: ومقتضى كونه مفيتاً في المكيل والموزون أن تؤخذ منه القيمة إذا وقع الفسخ. وإنما كان تغيّر السوق مفيتاً للمعادلة بين المتبايعين لنفي الضرر عنهما، إذ لو قضينا بالرد بعد تغيّر السوق لخصصنا أحدهما بالضرر، مع اشتراكهما في سبب الفسخ ودخولهما فيه دخولاً واحداً. وبهذا يفارق الرد بالعيب.

وأما السبب الثالث، وهو خروج المبيع عن اليد بالبيع، فهو عامل في أنواع المبيعات بأسرها، فمن اشترى شيئاً منها شراءً فاسداً فقبضه ثم باعه بيعاً صحيحاً، فإن بيعه له ينفذ، ويكون فوتاً يمنع من الردّ لكون البائع سلّم المبيع للمبتاع، وقد أذن له في التصرف فيه، ومن التصرف فيه بيعه. ولو قدر أن الملك لم ينتقل ولا شبهته لكان ينبغي أن ينفذ هذا العقد الثاني لكون البيع أذن فيه وسلط عليه.

قال الإمام أبو عبد الله: ومقتضى ما تقدم لسحنون في البيع المتفق على فساده من أنه يضمن ضمان الرهان، لا لشبهة الملك يقتضي أن

ينقض هذا البيع الثاني، لأنه عنده كبيع المرتهن، فأما البيع المختلف في فساده لاختلاف طرق الاجتهاد فيـه فلا يخالف فيه.

هـذا حكـم البيـع بعـد القبـض.

فأما لو باع ما اشتراه شراءً فاسداً قبل قبضه، فقد رأى المتأخرون أن المذهب في نفوذ بيعه لـه وهو في يد بائعه منه، وكونه فوتاً على قولين.

وقالوا[1]: وكذلك عكسه، وهو أن يبيع البائع ما باعه بيعاً فاسداً بعد قبض من اشتراه الشراء / [الفاسد][2] له، وجعلوا سبب الخلاف كون البيع الفاسد نقل شبهة ملك أم لا؟. [١٧/أ]

وأما السبب الرابع، وهو تعلق حق غير البائع والمبتاع بهذا البيع بيعاً فاسداً، وذلك كرهن السلعة وإجارتها، وإخدامها إن كانت حيواناً ووقت الخدمة إلى أجل محدود، حتى تجري مجرى الإجارة في حكم الفوت، فهو عامل أيضاً في الأنواع الأربعة.

هذه الأسباب العامة للفوت. وقد وقـع للأصحـاب النص على أسباب أخَر، بعضها يرجع إلى هذه الأربعة، وبعضها يؤخذ مـن تعليلها ويقرب منها، فذكرناها لتكمل الفائدة بذكرها.

منها: مجرد طول الزمان يمرّ على الحيوان ولم يتغيّر في ذاته ولا سوقه، فاختلف فيه هل يكون فوتاً أم لا؟.

ورأى الإمام أبو عبد الله أن المعتبر تغيّر البدن أو السوق. وإنما اعتبر طول الزمان لأنه لا يخلو عنه في العادة وصار الاختلاف في حد الزمان الدال بالعادة على ذلك.

ومنها نقل العروض والمكيلات والموزونات من بلد إلى بلد لا

---

(١) س: قالوا.

(٢) الفاسد: سقطت من الأصل.

يتأتى رده منه إليه في غالب العادة إلاَّ بتكلّف سفر وإجارة على حملها.

وهذا السّبب يقرب من تغيير الأسواق بما يلحق من الغرامة في نقله وفي إعادته، فيقع الضرر على أحدهما لا محالة، ويختص به كما أشير إليه في تغيّر الأسواق.

ومنها: مجرد وطء الأمة. ففي كتاب محمد أنه فوت، وهو قريب مما قبله، إذ يفتقر إلى إيقالها للاستبراء، ويمنع السيّد من التصرف فيها بالوطء والبيع، وغيره من وجوه نقل الملك خوف الحمل، فيلحق السيد - أعني البائع الأول - الضرر لا محالة.

ومبنى هذا الباب على خمسة، كما تقدم.

فـــرع:

إذا تحقق السبب المفيت للبيع الفاسد، وحكم بموجبه لم يرتفع الحكم بارتفاع السبب ولو حصل السبب فلم ينظر فيه حتى زال، فهل يرتفع حكم الفوت بارتفاع[1] سببه؟.

اتفق ابن القاسم وأشهب على أن الفوت إذا كان بحوالة السوق لم يرتفع حكمه بعود السوق[2] الأول.

واختلف إذا كان الفوت بالبيع. فرآه أشهب كحوالة السوق.

ورأى ابن القاسم أن حكم الفوت يرتفع برجوعه إلى يد بائعه.

قال الإمام أبو عبدالله: وبقية هذا الباب تجري على هذا الخلاف كالعتق والتدبير يرده الغريم، والعيب يزول بعد حدوثه.

قال: وكذلك لو أجره أو رهنه، ثم افتكه بالقرب، فإن هذا كله يجري على القولين.

---

(١) في الأصل: أم لا يرتفع.

(٢) في الأصل: بعد السوق، وهو تصحيف.

الباب الرابع

في الفساد من جهة تفريق الصفقة

وإذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، وكان الحرام مما لا يقبل البيع كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير [أو حرّ][1] ونحو ذلك فالصفقة كلها باطلة.

وقيل: يصح البيع فيما عدا المحرم بقسطه من الثمن. فأما لو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة لصح البيع فيهما على المشهور كما تقدم، ولزمه في ملكه، ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته ورده. ثم إن كان ملك الغير وجه الصفقة كأحد العبدين أو الثوبين، وشبه ذلك، ثبت الخيار للمبتاع في أخذ الباقي بقسطه من الثمن أو فسخ البيع فيه، وقد تقدم حكم الجمع بين عقدين مختلفين في صفقة واحدة، وأن المشهور فساد الصفقة وتعدد الصفقة بتعدد البائع، وفي تعددها بتعدد المبتاع أو بتعدد المعقود عليه خلاف.

وحيث جرى العقد بوكالة فالاعتماد على الموكل في تعدده واتحاده، والله أعلم.

---

(١) أو حرّ: سقطت من الأصل.

الباب الخامس

في الفساد من جهة تطرق التهمة الى المتعاوضين

في الفساد من جهة تطرق التهمة إلى المتعاوضين بأنهما قصدا إظهار فعل ما يجوز ليتوصلا به إلى ما لا يجوز وتذرعا بشيء جائز في الظاهر إلى باطن ممنوع في الشريعة، حسماً للذريعة وحماية لها.

وقد أجمعت الأمّة على جواز كل واحد من البيع والسلف بانفراده، وعلى المنع من جمعهما ولا سبب إلا الحماية. وذلك أن الأغراض لو صحت لأفرد كل واحد منهما. فلما / جمعا اتُّهِمَ المتبايعان أن يقصدا [١٧/ب] الزيادة في سلف، فإذا كان البائع هو المسلف فكأنه أخذ الثمن في مقابلة السلعة والانتفاع بالسلف. وإذا كان المبتاع هو المسلف فكأنه أخذ السلعة بما دفعه من الثمن وبالانتفاع بالسلف. وهذا إنما اعتبر اتهاماً لا تحقيقاً، فإذا مُنع الجمع بين جائزين محاذرة من الوقوع في الممنوع أو التطرق إليه فلذلك تُحمَى الذرائع مما نذكره بعدُ محاذرة من الوقوع في الممنوع أو التطرق إليه.

إذا ثبت[١] هذا فلا يختلف المذهب في مراعاة ذلك وفسخ العقد إذا كان مما يكثر القصد إليه وتظهر التهمة عليه كبيع وسلف أو سلف جر منفعة، فإن بعدت التهمة بعض البعد وأمكن القصد إليها كشيء تختلف العوائد في القصد إليه، كدفع الأكثر مما فيه الضمان وأخذ الأقلّ منه إلى أجل، فهذا فيه قولان مشهوران.

فأما مع ظهور ما يبرىء من التهمة جملة لكن فيه صورة المتهم عليه وهو من جنسه، كما لو تصور العين بالعين غير يداً بيد، لكن

(١) س: إذا تبين.

تظهر البراءة من التهمة بتعجيل الأكثر وتأجيل ما هو دونه، فذلك جائز لأن المعـوّل على التهمة وقد فقدت.

وقيل: لا يجوز [نظراً إلى][1] حماية الباب جملة.

وأصـل هذا البـاب ـ وهو المعـروف عند أهـل المذهب ببيـوع الآجال ـ اعتبار ما خرج من اليد وما رجع إليها، فإن جاز التعامل عليه مضى وإلا بطل.

فإذا كان المبيع ثوباً مثلاً أو غيره فاجعلْه مُلغىً كأنه لم يقع فيه عقد أوّلاً ولا آخراً ولا تبدَّلَ فيه الملك، واعتبرْ ما خرج من اليد خروجاً مستقرّاً انتقل الملك به، وما عاد إليها وقابلْ أحدهما بالآخر، فإن وجدتَ في ذلك وجهاً محرَّماً أو أَقَرَّا بأنهما عقَدَا عليه لفسَخْتَ عقدهما، فامتنع[2] من هذا البيع لما[3] تقدم من وجوب حماية الذرائع. وإن لم تجدْ أجزْتَ البياعات، ثم تتهم مع إظهار القصد إلى المباح وتمنـع إن ظهر القصد إليه حماية أو توسلاً أو غيرهـما إلى الحرام.

وعقد الباب: أن[4] من باع سلعة تعرف بعينها إلى أجـل، ثم اشتـراها فلا يخلو أن يكون الثمنـان من جنس واحد أو من جنسين مختلفين، ولا يخلو أن يكون عيناً أو طعاماً أو عرضاً.

فإن كانا من جنس واحـد وهما عين، فلا يخلو أن يتفق النوعان كما إذا كانا ذهباً أو فضة، أو يختلفا كذهب وفضة. فإن تساويا في النوع فلا يخلو أيضاً من أن يتساويا في الصفة أو يختلفا. وقد حصل من هذا أقسام.

القسـم الأول:

أن يتفقا في العين والصفة، ويتصور في هذا القسم اثنتا عشرة

---

(١) نظراً إلى: سقطت من الأصل.
(٢) في الأصل: فأمنع.
(٣) في الأصل: كما.
(٤) في الأصل: بأن.

صورة، وذلك أن الثمن الثاني لا يخلو أن يكون مساوياً للثمن الأوّل أو أقلّ أو أكثر. ولا يخلو من أن يكون البيع الثاني نقداً أو إلى أجل، والأجل إما مساوياً للأجل الأول، وإما أقل منه أو أكثر. لكن ثلاث صور منها تدخل في مثلها لتساوي الأحكام، وهي أن يكون البيع إلى أقرب من الأجل، فإنها بمنزلة النقد. ويمنع من هذا القسم صورتان، وتجوز سبع، إحدى الصورتين أن يشتري السلعة نقداً بأقلّ من الثمن. والثانية أن يشترِيَها إلى أبعد من الأجل بأكثر من الثمن.

والمحاذرة في الصورتين من سلف جر منفعة بتقدير السلعة لغْواً، إلا أن يشترط المقاصّة فتجوز الصور التسع لارتفاع التهمة. هذا هو أصل المذهب.

وقال أبو القاسم بن محرز: إذا اشتراها بمثل الثمن أو أقل منه إلى أبعد من الأجل وقد أقامت عند مشتريها ينتفع بها، فقد كان القياس أن لا يجوز ذلك أيضاً لأنه إن اشتراها بمثل الثمن إلى أبعد من الأجل فقد أسلف المشتري مائة في مائة، وازداد ما انتفع به من ركوب السلعة أو استخدامها أو لباسها، وإن اشتراها بأقلّ من الثمن إلى أبعد من الأجل كان بيعاً وسلفاً، كان قدر ما يرجع إلى المشتري سلف، وما زاد على ذلك يكون ثمناً للإجارة فيما انتفع بالسلعة فصار بيعاً وسلفاً.

وكذلك إن اشتراها بأقل من الثمن إلى أقرب من الأجل لأنه / [١٨/أ] يكون إجارة وسلفاً.

قال ابن القاسم: ولم أر أحداً يذهب إلى هذا، وإنما يعتبرون بصورة الحال عند العقد الثاني، إلا أن أبا الفرج ذكر في كتابه عن عبد الملك بن الماجشون أنه قال: لا يجوز أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل، ثم يشتريها بذلك الثمن أو بأكثر منه إلى أبعد من الأجل.

قال أبو القاسم: ولا أعلم له وجهاً إلا ما ذكرت من الانتفاع بالسلعة.

القسم الثاني:

أن يختلف نوعا الثمن كذهب وفضة.

فإن كان البيع الثاني مؤجلاً مُنع مطلقاً، لأنه تعاقد على صرف بتأخير، وإن كان نقداً فإن كان المنقود أقل من صرف المتأخر منع قولاً واحداً، وإن كان مثله فأكثر فقولان منصوصان: المنع مطلقاً، قاله أشهب، لأنه صرف مستأخر. والمنع إن كان المنقود مثل صرف المتأخر أو مقارباً له، والجواز إن كثر المنقود جدّاً حتى يَسْلَما من التهمة، وهو مذهب الكتاب[1].

ومثاله: من باع سلعة بأربعين درهماً إلى شهر، ثم اشتراها بدينارين، وصرف الدينارين أربعون درهماً، إنه لا يجوز. فإن اشتراها بعشرين ديناراً جاز، لأنهما سَلِما من التهمة.

واستقرأ أبو الحسن اللخمي قولاً ثالثاً، أنه يجوز وإن كان الشراء بدينارين. قال: وهو أحسن، لأنه يخسر الصبر، ولا يعود إلى يده أكثر مما خرج منها.

القسم الثالث:

أن يتساوى نوع الثمن وقدره في العقدين وتختلف عينه بالجودة والدناءة، فإن تُعجِّل الأفضل وتأجّل الأدنى جاز على مقتضى المعروف من المذهب لبُعْد التهمة، وإن كان بالعكس منع لأن محصول أمرهما دفع أقل ليأخذ أكثر مع ما يدخله من المبادلة بالتأخير.

وكذلك إن تساوى الأجلان فالمذهب أيضاً المنع، لأن المقاصّة هاهنا لا تُمكِن، وتصير الذمتان مشغولتين بذهبين مختلفين، فهو تعاقد على مبادلة ذهب بخلافه إلى أجل.

---

(١) المدونة: ٣/٤١٠. في الرجل يبتاع الورق والعرض بالذهب.

وكذلك إن كان أجل الثمن الثاني أبعد من أجل الثمن الأول فأحرى بالمنع، لأنه تعاقد على مبادلة بتأخير.

القسم الرابع:

أن يكون الثمنان طعاماً، ولا يخلو أيضاً أن يكونا من نوع واحد أو من نوعين. فإن كانا من نوع واحد تصورت فيهما الصور التسع. ومنع منها صورتان وهما: أن يكون البيع الثاني نقداً بأقلّ من الثمن الأول، أو إلى أبعد من الأجل بأكثر منه. وتجوز خمس صور بلا خلاف: ثلاث منها أن يكون [البيع][1] إلى الأجل الأول بمثل الثمن أو أكثر أو أقل، واثنتان: أن يكون البيع بمثل الثمن نقداً أو إلى أبعد من الأجل، ويختلف في الاثنتين الباقيتين، وهما أن يكون البيع بأكثر من الثمن نقداً أو بأقل منه في أبعد من الأجل.

وإنما سبب الخلاف في هاتين: المحاذرة من الضمان بالجعل هل يقصد في الغالب أم لا؟.

وإن كان الطعامان من نوعين مختلفين فحكمهما حكم العينين المختلفتين.

القسم الخامس:

أن يكون الثمنان عروضاً، ولا يخلو أيضاً من أن يَكونا من جنس واحد أو من جنسين مختلفين. فإن كانا من جنس واحد فإذا تصورت الصور التسع منع منها اثنتان قولاً واحداً وجازت خمس كذلك. واختلف في اثنتين كما تقدم لأن العروض كالطعام في الضمان.

وإن كان الثمنان من جنسين فلا خلاف هاهنا في الجواز، إذ لا ربا في العروض.

---

(١) البيع: سقطت من الأصل.

فــروع:

الأول:

أن يشترط المقاصة بين الثمنين فلا يبقى للمنع وجه إذ لا يُخرج أحد شيئاً يرجع إليه أكثر منه.

الثـانـي[1]:

أن يشترطا في العين عدم المقاصة، فإن كان الثمنان من جنس واحد منع مطلقـاً إذا كان البيع الثاني إلى الأجل نفسه، لأنه يقتضي إخراج كل واحد منهما ما في ذمّته من الذهب فيكون اشتراط التبادل بذهب غير يد بيد، فيدخله التأخير إن كانا متساويين، فإن كانا مختلفين دخله التأخير والربا.

الثـالــث[2]:

في تصور اشتراط السلف من كل واحد من المتبايعين، وهو الذي [١٨/ب] يعبّر عنه أهل المذهب بأسْلِفْني وأُسْلِفُك/. ومثاله أن تكـون البيعة الأولى بمائة مثلاً إلى شهر، والثانية بخمسين نقداً وخمسين إلى شهرين.

فالمشهور جواز هذا إن استوى الثمنان في النوع والصفة، إذ لا يخرج أحدهما شيئـاً فيرجع إليه أكثر منه.

وقال بالمنع عبد الملك بن الماجشون، وعـدّ مخرج الخمسين مسلفاً لها، يأخذ عنها عند الشهر خمسين بشرط أن يسلفه الآخر خمسين يأخذ عوضها عند تمام الشهر الثاني.

وهذا على مراعاة التهم البعيدة، وربما عبّر عنه بحماية الذريعة أيضاً.

هذا مع استواء الثمنين، فأما مع اختلافهما فيمنع عندهما جميعاً.

---

(١) س: الفرع الثاني.

(٢) س: الفرع الثالث.

فإن كانت البيعة الثانية بخمسين نقداً وأربعين إلى الشهر بعينه لمنعا عندهما جميعاً، وعدّ معجل الخمسين مسلفاً لها يأخذ عنها ستين، وتكون أربعين بأربعين. وهذا سلف جر منفعة.

ولو اشتراها بخمسين نقداً وستين إلى أجل[١] لجاز عندهما لإخراجه الأكثر وإبقائه الأقل[٢].

ولو اشتراها بخمسين نقداً وستين إلى شهرين لمنع باتفاقهما، لأن مخرج المائة عند الشهر دفع خمسين عن خمسين، وأعطى خمسين يأخذ عنها بعد شهر ستين.

وكذلك لو اشتراها بخمسين نقداً وأربعين إلى شهرين لمنع عندهما أيضاً، لأن مخرج الخمسين يأخذ عنها ستين عند الشهر، ويدفع أربعين يأخذ عنها عند الشهر مثلها.

الرابع:

لو كان المبيع طعاماً أو شبهه مما يكال أو يوزن، ثم استردّ بعينه أو مثله صفة ومقداراً، جاز بشرط مراعاة الثمن على ما تقدم. وإن استرد بخلافه فهذا بيع حادث. ولو استرد من صنفه لكنهما اختلفا في الصفة فالجودة مثل كثرة الكيل، والدناءة مثل قلته، وإن كان من غير صنفه كالشعير أو السلت مع القمح أو المحمولة[٣] مع السمراء[٤] فحكى أبو محمد عبد الحق[٥] عن أشياخه القرويين[٦] جوازه مطلقاً، لاختلاف ما

(١) س: إلى الأجل نفسه.

(٢) س: وأخذه الأقل.

(٣) المحمولة: حنطة غبراء كأنها حب القطن، ليس في الحنطة أكبر منها حباً ولا أضخم سنبلاً وهي كثيرة الريع غير أنها لا تحمد في اللون ولا في الطعم (اللسان: حمل).

(٤) السمراء الحنطة: قال أبو عبيد: الأسمران: الماء والحنطة (اللسان: سمر).

(٥) عبد الحق الصقلي، تقدمت ترجمته.

(٦) من أشياخ عبد الحق القرويين: أبو بكر عبد الرحمن وأبو عمران الفاسي وعبد الله ابن الأجدابي (الديباج: ٢/٥٦).

بينهما. وإن اتفقا في الصفة واختلفا في المقدار، فإذا تصورت فيهما الصور التسع جعلت الزيادة في المردود أو النقص منه بمنزلة الزيادة والنقص في الثمن يمنع منه ما تقدم.

وبيانه: أن البيعة الثانية إن كانت بأقلّ من الثمن نقداً فيمنع أن يكون المردود أقل كيلاً، لأنه يكون ردّ إليه بعض الطعام، وأخذ بعضه ببعض الثمن، وأخذ المنقود سلفاً، فيصير بيعاً وسلفاً.

فأما إن رد إليه أقل من المكيلة بمثل الثمن، فإن كان إلى أقرب من الأجل أو نقداً فلا تهمة. وإن كان إلى الأجل فقال في الكتاب: من باع طعاماً بثمن إلى أجل فلما حلّ أخذ منه أقل من كيله بجميع الثمن، لا يعجبني ذلك.

وروى عيسى عن ابن القاسم: لا بأس به.

وقال عبد الحق: إنما يعتبر وجهان، أن يشتري بأقل من الثمن، يريد نقداً، فلا يجوز البتة، كان الذي اشترى مثل ما باع أو أقل أو أكثر، أو يشتري أكثر من كيل الطعام فلا يجوز، كان[1] شراؤه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر.

قال: وما عدا هذين الوجهين فهو جائز.

قال الشيخ أبو الطاهر: وهذا إنما تكلم به على الشراء نقداً، وأما[2] إذا اشترى إلى أبعد من الأجل فيراعى فيه كثرة الثمن أو كثرة الطعام، فلا يجوز لأن أقل من الثمن نقداً بمنزلة أكثر إلى أبعد من الأجل.

---

(١) في الأصل: وكان.

(٢) س: قال وأما.

الفـــرع الخـامـس:

لو كان المبيع عروضاً فردّها بعينها، فقد تقدم حكمها.

ولو كان إنما استردّ من المشتري منه خلافها فلا شك في الجواز مطلقاً، ويُعَدّ كل واحد من البيعين مستقلاً بنفسه.

وإن كان المردود مثلها فرآها ابن القاسم بمنزلة المختلفة لكون العروض تختلف الأغراض فيها.

ورآها ابن المواز بمنزلة العين.

واختلف إذا استردّ السلعة بعينها بعد أن تغيرت تغيّراً كثيراً، هل هي كسلعة أخرى فيجوز ذلك فيها مطلقاً؟ أو هي[1] كالعين فيجري على ما تقدم.

ولو باع عبدين بمائة إلى سنة، ثم اشترى منه أحَدهما بدينار[2] / [١٩/أ] لم يجز، لأنه باعه ديناراً وعبداً بمائة إلى سنة. وكذلك لو اشترى أحدهما بتسعة وتسعين نقداً ما جاز، ولو كان ما يشتري به على شرط المقاصة لجاز.

ولو باع ثوباً بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه منه بخمسة وثوب من نوعه أو غير نوعه لم يجز، لأن البائع يخرج الآن خمسة عوضاً عن عشرة، يأخذها إذا حلّ الأجل بخمسة من هذه العشرة التي يأخذها إذا حلّ الأجل قضاء عن الخمسة التي كانت مع الثوب، والثوب الذي مع الخمسة مبيع بالخمسة الباقية من العشرة.

---

(١) هي: سقطت من س.

(٢) هنا يبدأ نقص في الأصل والإكمال من س.

الفـرع السـادس:

أن يشتري البائع الأول السلعة بوكالة لغيره بأقل من الثمن نقداً، وفيه قولان:

قال ابن القاسم: لا يعجبني.

وقال أشهب: يكره ولا يفسخ إذا نزل، وكان على الصحة.

وكذلك قال لو اشتراها لولد له صغير.

وكذلك القولان لو اشتراها عبد البائع، وكان يتجر لنفسه، المشهور جوازه[1].

وكرهه أشهب.

وإن كان يتجر لسيده لم يجز.

الفـرع السـابـع:

إذا وقعت بياعات الآجال على الصفة المنهي عنها، كما إذا اشترى السلعة بأقل من الثمن نقداً أو بأكثر إلى أبعد من الأجل، فإن أدركت السلعة قائمة بيد المشتري الثاني فسخ البيع الثاني قولاً واحداً، ثم يقتصر على فسخه خاصة عند ابن القاسم وسحنون.

وقال ابن الماجشون: تفسخ البيعتان سواء كانت السلعة قائمة أو فائتة، إلا أن يصح أنهما لا يتعاملان[2] على العينة، إنما وجدها تباع

(١) هنا ينتهي البتر في س.
(٢) س: لم يتعاملا.

فابتاعها بأقل من الثمن. فهذا تفسخ فيه البيعة الثانية، وتصح الأولى.

وسبب الخلاف: النظر إلى صحة البيع الأول، وأن الفساد إنما دخل من الثاني، فإذا أبطلناه بقي الأول على الصحة، أو النظر إلى أنّا نجعل العقدين كالعقد الواحد، كأنهما إنما دخلا من الأول على الفساد، ويلتفت هذا إلى مراعاة التهم البعيدة.

وأما إن فاتت السلعة فالمشهور أنهما يفسخان جميعاً.

وقال محمد بن مسلمة: يفسخ البيع الآخر إن كان قائماً، فإن فات مضى بالثمن.

قال الشيخ أبو الطاهر: ولعل هذا مراعاة للخلاف.

وذكر ابن أبي زمنين تفصيلاً، فقال: إن تضمن اختصاص الفسخ بالبيعة الثانية حصول الربا، وهو دفع قليل في كثير سرى الفسخ إلى الأولى، وإن لم يتضمن ذلك اختص بالثانية.

قال القاضي أبو الوليد: يعني أنها فاتت بعد أن قبضها المبتاع الثاني، وأما لو هلكت بيد المبتاع الأول، فعندي أن الثاني يبطل خاصة ويثبت الأول. قال: ولم أر فيه نصاً.

وفصل إذا فاتت بيد المبتاع الثاني، فقال: لا يخلو أن يكون الثمنان قُبِضا أو لم يُقْبَضا أو قبض أحدهما، فإن قبضا وفاتت فعلى قول محمد وابن عبدوس يلزم البائع الأول أن يرد الزيادة. وإن لم يقبضا تتاركا. وإن قبض الأول فقال محمد: يرد المبتاع الأول على البائع الأول الذي قبض منه.

ونحوه ذكر ابن عبدوس.

قال القاضي أبو الوليد: ولم يذكر معجلاً ولا مؤجلاً قال: ونحو ذلك ذكر ابن عبدوس في المجموعة.

قال: والذي عندي أنه يكون معجلاً أو إلى أقرب من أجل الثمن الآخر.

وحكى عن شيوخه الأندلسيين ما ذكره ابن أبي زمنين من التفصيل، وهو أنه إذا باعه ثوباً بعشرة مؤجلة، ثم اشتراه منه بخمسة معجلة، فقبض المبتاع الخمسة، وفات الثوب عند المبتاع الأول فإنّا ننظر إلى قيمة الثوب، فإن كانت عشرة فصاعداً غرم البائع الأول للمبتاع الأول تمام القيمة يقاصه منها بالخمسة التي قبض. [وإن كانت قيمته أقل من عشرة][1] فسخ البيع الأول والثاني، وردّ المبتاع الأول على البائع الأول الخمسة التي قبض منه.

قال الشيخ أبو الطاهر: فنظر ابن المواز وابن عبدوس إلى أن موجب الفساد هو العقد الثاني! فإذا نقض زال الموجب.

ونظر الأندلسيون إلى أن القيمة متى كانت مثل الثمن الأول فأكثر ضعفت التهمة في أنهما عملا على ذلك فلم يفسخ إلا العقد الثاني.

وإن كانت القيمة أقل من الثمن فسخ البيع الأول أيضاً، لأنه الأصل، فيكون العقدان كالعقد الواحد فيفسخان.

الفرع الثامن:

[١٩/ب] في بيان / أحكام بياعات قد عرفت بأصل بأهل العينة.

فمنها أن يقول الرجل لأحدهم: اشتر لي هذه السلعة وأربحك فيها، فإن سمّى الثمن وأوجب البيع إلى أجل منع منه، لأنه يؤول إلى سلف جر منفعة، وإن كان على النقد، فهل يجوز ويكون له جُعْلُ المثل أو يمنع؟ فيه قولان. وإن لم يسمّ الثمن ولم يوجب البيع كره ولا يفسخ إن نزل، ويكون له جُعل المثل.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

ومنها أن يشتري من أحدهم سلعة بعشرة نقداً وبعشرة إلى أجل، فيمنع مُتَّهمٌ خاصة، ويقدر كأنه اشتراها ليبيع منها بعشرة يدفعها نقداً ويبقى له باقي السلعة يبيعه لينتفع بثمنه معجلاً، ثم يدفع عنه عشرة مؤجلة، والغالب أن السلعة لا تساوي العشرين فيؤول إلى ذهب في أكثر منها.

ومنها أن يكون الإنسان مُتَّهَماً[1] يشتري ليبيع، لا ليأكل، فيبيع من إنسان طعاماً مثلاً بعشرة إلى أجل، فيقول له المشتري: بعته بثمانية، فحُطَّ عني من الربح قدر الدينارين، فيمنع إذا كان المقصود البيع، وكانا أو أحدهما من أهل العينة.

قال: لأن أهل العينة يتراضون على ربح العشرة اثني عشر أو غيره، فإذا باعها فنقص ذلك عن تقديرهما حطّه حتى يرجع إلى ما تراضوا عليه.

وقد كرهه ابن هرمز.

وبالجملة: فهؤلاء قوم علموا فساد سَلف جرّ منفعة، وما ينخرط في سلكه من الغرر والربا، فتحيّلوا على جوازه بأن جعلوا سلعاً حتى يظهر فيها صورة الحل، ومقاصدهم التوصّل إلى الحرام، وقد قدمنا أن أصلنا حماية الذرائع وسحب أذيال التُّهم على سائر المتعاملين متى بدت مخايلها، أو خفيت وأمكن القصد إليها من المتعاملين.

قال الأصحاب: إذا كانت البيعتان أو الأولى منهما إلى أجل، اتهم في ذلك جميع الناس، فإن خرج ذلك إلى شيء من المكروه فلا تجزه.

وإن كانتا نقداً فلا يتّهم في الثانية إلا أهل العينة فقط. وكذلك إذا كانت الثانية هي المؤجلة.

---

(١) هنا يبدأ نقص في س.

وقيل: بل يتهم في هذه جميع الناس.

قال أصبغ: وإذا كان أحدهما من أهل العينة فاعمل على أنهما جميعاً من أهلها[1]. والله أعلم سبحانه.

(١) هنا ينتهى النقص في س.

القسم الثاني من الكتاب

في لزوم العقد وجوازه

والأصل في البيع اللزوم، والخيار عارض.

ثم هو منوَّع إلى خيار التروّي وإلى خيار النقيصة.

[خيار التروي]

النوع الأول: خيار التروّي.

وهو ما لا يقف على فوات وصف، وسببه الشرط دون المجلس، بل لا يثبت خيار المجلس بالعقد ولا بالشرط.

وحكى القاضي أبو الوليد عن ابن حبيب إثباته تمسكاً بظاهر الحديث الذي رواه مالك في موطئه، وقد قال بعقب روايته: وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به[1] فيه[2].

قال القاضي أبو بكر[3]: يريد أن فرقتهما ليس لها وقت معلوم.

قال: وهذه جهالة[4] يقف البيع عليها، فيكون كبيع الملامسة

---

(١) لم ترد في النسختين، أضفناها من الموطأ.

(٢) الموطأ، كتاب البيوع، بيع الخيار ـ (تنوير الحوالك: ٢/ ٧٩).

(٣) يعنى ابن العربي، ويترجح أن قوله هذا هو الوارد في كتابه مسائل الخلاف ـ وقد أحال عليه في القبس كتاب البيوع، باب بيع الخيار.

(٤) يعني جهالة مدة الخيار حيث لا يعرف حد للافتراق قال ابن العربي: لو شرط الخيار مدة مجهولة لبطل إجماعاً، فكيف يثبت حكم بالشرع بما لا يجوز شرطاً في الشرع. (القبس) وانظر (العارضة: ٦/ ٥).

والمنابذة أو كبيع على خيار[1] إلى أجل مجهول، وما كان كذلك فهو فاسد قطعاً. ولا يعارض هذا الأصل بظاهر لم يتحصل منه المراد مفهوماً، إذ تفسير ابن عمر[2] ليس بحجة، ولهذا عَدل عن ظاهره الفقهاء السبعة[3] وغيرهم من السلف، وأوّلوه على أنه قد روي في بعض طرقه: ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار[4]، ولا يحلّ له أن يفارقه خشية أن يستقيله. رواه الليث عن ابن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر، وقال: قال رسول الله ﷺ، فذكره.

وظاهر هذه الزيادة مخالف لظاهر أول الحديث، فإن تأوّل من أخذ بظاهر لفظ الاستقالة باختيار الفسخ، تأوَّلْنا لفظ الخيار باختيار الاستقالة، وإذا تقابل التأويل وقف الحديث والقياس في جانبنا.

ثم النظر في خيار الشرط في مدته، وفي[5] حكم الطوارىء فيها.

النظر الأول: في مدته.

وهي محدودة الأول بزمن العقد، وليست محدودة الآخر بزمن واحد، وإن كان لا بد من تحديده في الجملة، بل تختلف الحال فيها باختلاف السلع المبيعة بحسب ما يشبه / من الحاجة إلى التروي، [٢٠/أ]

---

(١) س: على الخيار.

(٢) المراد تفسير ابن عمر فراقه للبائع بعد التبايع حتى لا يرد البيع وهو ما جاء في حديثه الذي أخرجه البخاري، قال: (بعت من أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنهما مالاً بالوادي بمال له بخيبر فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع...). (فتح الباري: ٤/ ٣٣٥).

(٣) الفقهاء السبعة، سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد بن أبي بكر، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث، وخارجة بن زيد بن ثابت، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة، وسليمان بن يسار ـ (حلية الأولياء: ٢/١٦١).

(٤) البيهقي: السنن الكبرى: ٥/ ٢٧١ ـ كنز العمال: ٤/ ٥٢.

(٥) في: سقطت من س.

وتطول وتقصر بحسب الحاجة إلى زيادة التروي ونقصه والاختيار للمبيع والسؤال عنه مع سرعة استحالته وإبطاء ذلك فيه.

هذا عند التأصيل، ولنسرد الروايات في تفصيله:

ففي الكتاب: هو في الدار الشهر ونحوه[1].

وفي الواضحة عن ابن الماجشون: الشهر والشهران.

ووجهه أنه يحتاج للنظر إلى حيطانها وأساسها ومَرَافقها واختبار جيرانها ومكانها، مع كونها مأمونة لا تسرع إليها الاستحالة.

وفي الكتاب: في الرقيق الخمسة الأيام والجمعة وما أشبه ذلك.

وقال محمد: الأربعة الأيام والخمسة، ولا أفسخه في عشرة أيام، وأفسخه في الشهر.

وأجاز ابن القاسم في العبد عشرة أيام.

وروى ابن وهب: إجازته في الشهر.

وأبى ذلك ابن القاسم وأشهب.

ووجه رواية ابن وهب أن الرقيق ذو مَيْن، وربما سَتَر ما فيه من الأخلاق والعيوب التي تزهِّد فيه، وتستعمل ما يرغب فيه مدة فيفسح في مدة خياره ما لا يكاد أن يستر فيه أمره غالباً، وإن أراد ستره.

وأما الدابة، ففي الكتاب[2]. تركب اليوم وما أشبهه.

---

(١) المدونة: ٤/ ١٧٠. كتاب بيع الخيار، بيع الخيار.

(٢) المدونة: ٤/١٧٠. وبقية نصها: (قال: فقلت لمالك: وإن اشترط أن يسير عليها البريد أو نحو ذلك ينظر إلى سيرها؟ قال: لا بأس بذلك ما لم يتباعد).

ولا بأس أن يشترط المسير عليها البريد والبريدين ما لم يتباعد ذلك.

والفرق بينها وبين الرقيق أنها لا تميّز فتكتم أحوالها، وفي هذه المدة يختبر حسنُ سيرها وخلقها.

قال القاضي أبو الوليد: ويحتمل أن يريد بركوب اليوم في المدونة: على حسب ما يركب الناس في تصرفاتهم، وسير البريد والبريدين إن خرج عن المدينة ليختبر بذلك بقاء سيرها وصبرها في حالها.

قال: ويحتمل عندي أن يضاف إلى ذلك الليلة ليختبر أكلها وحالها في وقوفها ووضع آلتها عليها، ولا يشترط من ذلك أكثر مما يحتاج إليه فإنها يسرع التغيير إليها.

وقال أبو محمد عبد الحق: يشترط في الدابة اليومين والثلاثة، كالثوب، من غير ركوب، وإنما اشترط في المدونة اليوم في الركوب.

وأما الثوب، ففي الواضحة: يشترط فيه اليومين والثلاثة.

ولا يشترط لباس الثوب، وإن شرط استخدام الرقيق وركوب الدابة، لأن استخبارهما إنما يحصل باستعمالهما بخلاف الثوب.

وأما الفاكهة كالبطيخ والتفاح والقثاء والرمان والخوخ فقد قال ابن القاسم في الكتاب[1]: إن كان الناس يستشيرون في مثل هذا ففيه الخيار بقدر الحاجة.

---

(١) المدونة: ٤/ ١٧١. كتاب بيع الخيار، بيع الخيار ونصها: قلت لابن القاسم: أرأيت لو أن رجلًا اشترى بطيخاً أو قثاء أو فاكهة رطبة تفاحاً أو خوخاً أو رماناً على أنه بالخيار في ذلك يوماً أو يومين، أيكون له الخيار الذي اشترط له في ذلك؟ =

ولا يغيب المبتاع على شيء مما لا يعرف بعينه من الفواكه وغيرها. وقاله ابن القاسم وأشهب لأنه يصير تارة تسلفاً إن ردّه، وتارة بيعاً إن أبىَ ردّه.

ولا يجوز في شيء من السلع أن تكون مدة الخيار فيه مجهولة، فإن عقدا على ذلك كقولهما: إلى قدوم زيد، ولا أمارة عندهم على قدومه، أو إلى أن يولد لفلان، ولا حمل عنده، أو إلى أن تنفق سوق السلعة، ولا أَوَان يغلب على الظن عرفاً أنها تنفق فيه، إلى غير ذلك مما يرجع إلى الجهل بالمدة، فالبيع فاسد. لكن إن وقع العقد على أنه بالخيار ولم يعيّن مدة مجهولة ولا معلومة فالعقد صحيح، ويحمل على خيار مثل السلعة كما تقدم بيانه.

ولو زاد في مدة الخيار على ما هو أمر خيارها في العادة فسد العقد.

قال القاضي أبو محمد: ولا يصح العقد بإسقاط مشترطه له، بخلاف مشترط السلف يسقطه إذ إسقاطه تمسك بالسلعة، وهو مقتضى الشرط الفاسد لأنه إنما اشترط أن يكون بالخيار بين الإمساك والردّ طول هذا الأمد فإذا اختار الإمضاء فقد عمل بمقتضى الشرط الفاسد.

قال الإمام أبو عبد الله: وعندي أنه قد يختلف فيه تخريجاً من مسألة: من أسلم في تمر سلماً فاسداً، فلما فسخ عليه وقضي له برأس ماله أراد أن يأخذ تمراً مثل الذي منع منه، فقيل: ذلك لا يجوز، لأنه تتمة للفساد الذي منع منه، فكأنّ الفسخ لم يفد.

= قال: لم أسمع من مالك في هذا شيئاً، وأرى أن ينظر في هذا إلى ما يصنع الناس، فإن كانوا يستشيرون في ذلك، ويرون هذه الأشياء غيرهم، ويحتاجون فيه إلى رأي غيرهم، رأيت لهم من الخيار قدر حاجة الناس إلى ذلك على ما وصفت لك من الخيار في غيرها من الأشياء مما لا يقع فيه تغيير ولا فساد.

وقيل: له ذلك.

وإذا اشترط الخيار على الوجه المانع فلا يتوقف الفسخ به على حضور الخصم وقضاء القاضي.

ويجوز البيع على خيار غيره أو رضاه أو مشورته. وكذلك الشراء.

فــــرع:

قال في الكتاب: وإذا اشترى على مشورة فلان أو باع على ذلك فلمشترط الخيار أن يأخذ أو يرد وإن لم يشاور[1].

[٢٠/ب] / وقال في مشترط الرضى: إن كان بائعاً فله الاستبداد بالردّ والإمضاء دون رضى من اشترط رضاه، وإن كان مشترياً وقف فعله على رضى من اشترط له ذلك.

واختلف المتأخرون في إبقاء التفرقة على ظاهرها، وهو الأكثر، أو المساواة بينهما. وحمل افتراق الجواب على افتراق السؤال. وهو رأي الشيخ أبي محمد.

وقال بعض المتأخرين: إنما ينبغي أن يُنْظَر[2]، فإن كان اشتراط الرضى منهما جميعاً، ولهما في ذلك غرض، فهو كالوكيل لهما، ليس لأحدهما أن يمضي أو يرد دونه، وإن كان اشتراط الرضى لأحدهما فله أن يسقط رضاه إذا كان له الخيار.

قال غيره منهم: وهذا الذي قاله هو الأصل، لكن إن لم يظهر أحد القصدين فظاهر[3] الكتاب أن له إسقاط الرضى[4].

---

(١) المدونة: ٤/ ١٧٨. كتاب الخيار - في الرجل يبيع السلعة على أن أخاه أو رجلاً أجنبياً بالخيار أن يشتريها الرجل على أنه بالخيار.

(٢) هنا ينتهي النقص في س.

(٣) س: وظاهر.

(٤) المدونة: ٤/ ١٨٧. كتاب الخيار - في الرجل يبيع السلعة على أن أخاه أو رجلاً أجنبياً بالخيار.

وقال ابن حبيب: له ذلك.

وقال بعض المتأخرين: وهذا إنما ينبغي أن يكون في حق المشتري، وأما البائع فالأصل بقاء ملكه، فلا ينتقل عنه إلا بدليل يدل على أنه أوقف الأمر على رضى الآخر. وهذا المعنى هو سبب التفرقة بين البائع والمشتري كما وقع في الكتاب.

ولا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار بوجه لئلا يكون تارة بيعاً[1] وتارة سلفاً فإن نقد بغير شرط جاز.

فـــرع:

لو عقد على البتّ ثم جعل أحدهما الخيار لصاحبه، فقد أجازه في الكتاب[2].

وقال[3] المتأخرون: إنما يجوز إذا انتقد، لئلا يعطى فيما عليه من الثمن سلعة بالخيار، ولا يثبت خيار الشرط في الصرف. فأما السلم فيجوز فيه خيار اليومين والثلاثة، وعلّل بأنه يحتاج إلى السؤال والمشورة مع أن المعقود عليه لا يلحقه بذلك تغيّر، وإنما يمنع بَعِيدُ الأجل[4] منه لما في ذلك من مشابهة الكالىء بالكالىء، وذلك مما عُفِيَ عن يسيره دون كثيره.

والملك في زمان الخيار للبائع حتى ينتقل[5] بالإمضاء، والخيار موضوع لتمام البيع واستقرارِه، لا للفسخ.

---

(١) س: تارة ثمناً.

(٢) المدونة: ٤/ ١٧٧. كتاب بيع الخيار، في الرجل يبيع من الرجل السلعة ثم يلقاه بعد ذلك، فيجعل أحدهما للآخر الخيار.

(٣) س: قال.

(٤) في الأصل: لبعد الأجل.

(٥) س: ينقل.

وقيل: بل [هو][1] للمشتري حتى يردّ بالفسخ، فموضوع الخيار على هذا لِلْفسخ لا للإمضاء.

النظـــر الثانـــي

في [حكم][2] الطوارىء في المدة

وحدوث الغلة في أيام الخيار للبائع، كما أن عليه ضمان المبيع. فأمّا لو اشترى كبشاً وعليه صوف فأمضى البيع لكان الصوف للمبتاع، لأنه مُشْتَرَى.

ولو ولدت الأمة في مدة الخيار، فإن فسخ البيع رجع الولد مع أمه إلى البائع، وإن أمضى البيع فهل يتبع أمه كالجزء من المبيع أو يبقى للبائع كالغلة واللبن؟ قولان لابن القاسم وأشهب.

التفـريـــع:

إن بنينا على قول ابن القاسم أن الولد للمشتري فلا تفريع. وإن قلنا: إنه للبائع كقول أشهب، فهو بيع حصلت فيه تفرقة، فهل يفسخ أو يُجبرَانِ على الجمع بينهما؟.

قولان سببهما [هل][3] ما أوجبته الأحكام الدخول عليه أم لا؟.

ثم إذا قلنا: إنهما يجمعان بينهما، فهل يكفي الجمع في حوز أم لا بد منه في الملك[4]؟ قولان أيضاً.

قال الشيخ أبو الطاهر: والأصل أن يجمعا في ملك [واحد][5].

---

(١) هو: سقطت من الأصل.
(٢) حكم: سقطت من الأصل.
(٣) هل: سقطت من الأصل.
(٤) س: في ملك.
(٥) واحد: سقطت من الأصل.

قال: وقد اعترض فضل بن سلمة هذه المسألة وقال: إنما أجاز ابن القاسم وأشهب البيع هنا، وإن كانت أشرفت على الولادة، لأن البائع لم يخبر المشتري بذلك، ولو أخبره لكان البيع فاسداً.

وحكى الفساد إذا جاوزت ستة أشهر عن ابن الماجشون.

قال أبو القاسم بن محرز: وهذا الذي قاله غير صحيح، لأن المشهور أن عِلْمَ أحد المتبايعين بالفساد يوجب فساد البيع. قال: وإنّما المسألة مبنية على أن البيع صحيح لأن المريض والحامل وإن بلغا إلى حدّ الخوف عليهما لا يمنع بيعهما، إلا أن يكونا في السياق.

قال الشيخ أبو الطاهر: وقد أنتج قوله وقول فضل أن الأصلين مختلف فيهما، وهما: علم أحد المتبايعين بالفساد، والخلاف فيه معروف في المذهب، والثاني أن المريض إذا بلغ حدّ الخوف ولم يبلغ السياق مختلف فيه هل يجوز بيعه أم لا؟.

قال: ويمكن بناء المسألة على كل واحد من الأصلين.

وإذا وهب للعبد مال في أيام الخيار، فقال في / الكتاب: هو للبائع[1]. [٢١/أ]

قال أبو بكر بن عبد الرحمن: إلا أن يكون المشتري قد استثنى ماله، فالمال الذي وهب له للمشتري. بخلاف ما وهب للعبد الرهن، فإنه لا يدخل في الرهن.

قال: والفرق أن المشتري ملك العبد وماله والمرتهن ليس حقه، إلا فيما جعل رهناً خاصة.

هذا حكم التغيير بزيادة.

فأما النقص فلا يخلو أن يكون جناية أو غيرها.

---

(١) المدونة: ٤/ ١٨٥. كتاب بيع الخيار- في الرجل يبتاع الخادم على أنه بالخيار فتلد عنده، أو تجرح أو عبداً فيقتل العبد رجلاً.

فإن كان جناية فلا يخلو أن تكون من البائع، [أو من المبتاع][1]، أو من أجنبيّ. فإن كانت من البائع، فإما أن يكون الخيار له أو للمشتري، فإن كان له وكان عمداً فقولان، أحدهما: أن جنايته ردّ للبيع، وهو أصل ابن القاسم. والثاني: أنها ليست برد له، وهو مذهب أشهب.

التفـريـــع:

إن قلنا: إنها ردّ، فإن كانت مُثْلةً في الرقيق عتق عليه.

وإن قلنا: إنها ليست برد، فيكون المشتـري بالخيـار أيضاً في القبول بذلك العيب أو الردّ. وإن كانت الجناية خطأً فلا شك أنهّا ليست برضى، ويخيّر المشتري كما قلناه.

وإن كان الخيار للمشتري فجنى البائع عمداً، فإن أتلف المبيع ضمن للمشتري الأكثر من الثمن أو القيمة، لأن له أن يأخذه بحكم التعدي، وإن لم يتلف المبيع كان للمشتري أن يغرم البائع قيمة الجناية، ويأخذه معيباً ويدفع الثمن أو يردّه. وإن كانت الجناية خطأً فإن أتت على النفس انفسخ البيع، وإن كانت دونها خيّر المشتري بين أخذه ناقصاً ولا شيء له، أو ردّه.

وإن كانت الجناية من المشتري والخيار للبائع، فسواء كانت عمداً أو خطأً، البائع مخيّر بين أخذه بحكم الغرامة أو إمضاء البيع. وإن كان الخيار للمشتري فـإن جنى عمداً فقـد تقدم الخـلاف هل يعـد ذلك رضى[2] بالبيع أم لا. ولو كان المبيع من الرقيق لنظرت هل ما فعله مُثْلَة فيعتق عليه أو ليس بمثلة فلا يعتق؟ وإن كانت جناية خطأً فقال في الكتاب: يرده إن شاء وما نقص. وإن كان عيباً مفسداً ضمن الثمن كله[3].

---

(١) أو من المبتاع: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: أيضاً، وهو تصحيف.

(٣) المدونة: ٤/ ١٨٥. كتاب بيع الخيار، في الرجل يبتاع الخادم على أنه بالخيار فتلد عنده أو تجرح، أو عبداً فيقتل العبد رجلاً.

وقال سحنون: إنما يضمن القيمة.

وأجرى أبو القاسم بن محرز هذا الخلاف فيمن استهلك سلعة وقفت على ثمن، هل يضمن ثمنها أو إنما يضمن قيمتها؟.

وإن كانت الجناية من أجنبي استوى الخطأ والعمد في الغرامة، وخيّر من له الخيار. فإن اختار إمضاء البيع فالأرش للبائع.

وقال ابن حبيب: هو للمشتري.

قال الشيخ أبو الطاهر: هو على الخلاف في المترقَّبات متى يعدّ حصولها أيوم ترقبت أو يوم تحققت؟ فإن قيل: بماذا ينقطع الخيار؟ قلنا: بأن ينطبق وينصّ على أحد الوجهين، أو يكون منه ما يدل على ذلك وهو على وجهين: ترك وفعل. فأما الترك فمثل إمساكه عن القول والفعل الدالين على تعيين أحد الوجهين إلى أن تمضي مدة الخيار، ولا يكون ممن له الخيار نطق ولا إحداث [فعل][1]، فإنه يستدل بتركه على قصده، فإن كان الخيار للبائع والسلعة في يده كان ذلك دليلاً على أنه اختار[2] الفسخ، وإن كانت في يد المبتاع كان ترك ارتجاعها واستدعاء البائع لردها دليلاً على اختياره الإمضاء، كما أن تركه لما في يد بائعها دليل اختياره الفسخ، فتبقى السلعة في يد من هي بيده.

وأما الفعل، فإن أحدث المشترط للخيار فعلاً في المبيع لم يخل من أحد أمرين: إما أن يدل في العادة على الإمضاء أو الرد. وإما أن يكون محتملاً ليس بظاهر الدلالة. فإن كان دالاً عمل بمقتضاه، وإن كان محتملاً بقي من له الاختيار على حقه منه، ولم يسقط بالاحتمال إذ الأصل بقاؤه حتى يتحقق إسقاطه، فإن اتّهم على أنه قصد الإسقاط استظهر عليه باليمين.

---

(١) فعل: سقطت من الأصل.

(٢) س: على اختياره.

وقد قسم بعض المتأخرين الأفعال في ذلك على ثلاثة أقسام:

الأول: متفق على أنه يُعدّ رضى كالعتق والكتابة والاستيلاد، وتزويج الأمة وأمثالها. فهذه من المشتري تدل على الإمضاء، ومن البائع تدلّ على الفسخ.

[٢١/ب] **القسم الثاني**: لا يعد رضى باتفاق كاختبار الأعمال أو شبهه / فوجوده كعدمه.

القسم الثالث: مختلف فيه، وهو كرهن المبيع وإجارته وإسلامه للصانع، وتزويج العبد والسوم بالسلعة، وشبه ذلك من المحتملات.

فمذهب ابن القاسم أن ذلك يقطع الخيار.

ومذهب أشهب أنه ليس بقاطع له.

قال بعض المتأخرين: وهو خلاف في شهادة هل ذلك دالٌّ على قطع الخيار فيكون قاطعاً أو محتمل فلا يكون قاطعاً.

والاعتماد في هذا القسم على ما يظهر من قرينة الحال.

قال سحنون: وكل ما يعدّ من المشتري قبولاً فهو من البائع إذا كان له الخيار فسخ.

قال أبو الحسن اللخمي: ولا يجزي ذلك مطلقاً، لأن الغلات للبائع، فإذا آجر أو أسلم للصناعة فإنما فعل بملكه ما يمكله.

قال الشيخ أبو الطاهر: وهذا الذي قاله أبو الحسن اللخمي يختلف الأمر فيه، فإن طوَّل الإجارة ومدة التعليم، فيظهر مع هذا أنه قصد الرد.

فـــرع:

لو ابتاع عبداً بأمة بالخيار، ثم أعتقهما معاً في مدة الخيار تعيّن

العتق في الأمة، لأنها باقية على ملكه، ويلزم من عتقها ردّ العبد، فلا ينفذ عتقه.

فإن قيل: ما حكم من طرأ عليه في أيام الخيار ما يمنعه من الاختيار بالإمضاء أو الرد؟.

قلنا: قد تقدّم أن بانقضاء المدة من غير إحداث ما يقتضي الاختيار يلزم البيع وينتهي الخيار[1].

وهذا مع سلامة من شرط له الخيار إلى انقضاء أمده. فأما إن طرأ عليه ما يمنعه من الاختيار فلا يخلو أن يطرأ عليه ما لا يرجى زواله كالموت أو ما يرجى زواله كالجنون والإغماء.

فإن مات في المدة فإن الحق ينتقل إلى وارثه، فإن اختلف الوارث فليس لمن أجاز التمسك إلا بالجميع.

فأما[2] إن جُنّ فالسلطان ينظر له في الإجازة والفسخ.

واختلف إذا أغمي على المشتري. فقال ابن القاسم: يوقف حتى يفيق. وليس للسلطان أن يأخذ للمغمى[3] عليه لكون الإغماء مرضاً يرجى زواله عن قرب، فلم يكن له الشراء لرشد حال بينه وبين النظر لنفسه حائل يرجى زواله عن قرب. فإن طال به الإغماء فسخ البيع للضرر الذي يلحق الآخر في إيقاف صفقته.

وقال أشهب: له أن يقيم له من يجيز أو يرد في مدة الخيار قياساً على من جن. إلا أن تمضي مدة الخيار قبل أن يعثر على ذلك فلا بد من فسخ البيع.

---

(١) في الأصل: الاختيار.

(٢) س: وأما.

(٣) س: على المغمى.

النوع الثاني: خيار النقيصة.

وهو ضربان:

الأول: ما ثبت بفوات أمر مظنون، نشأ الظن فيه من التزام شرطي أو قضاء عرفي أو تقدير فعلي.

والثاني: ما ثبت عن غبن فاحش.

فأما الضرب الأوّل فالنظر فيه في الأسباب المثبتة والموانع المبطلة.

النظر الأول: في الأسباب.

السبب[1] الأول: الالتزام الشرطي، وهو الأصل، وما عداه ملحق به، فمهما شرط وصفاً يتعلق بفواته نقصان مالية ككونه تاجراً أو صانعاً أو غير ذلك من الصفات المقتضية لزيادة الثمن في العادة، فإذا فقد ثبت الخيار للمشتري.

ولو شرط ما لا غرض فيه ولا مالية ألغي الشرط ولم يثبت له خيار.

وقال الشيخ أبو الطاهر: يمكن تخريج الخلاف فيه من الخلاف في إلزام الوفاء [بشرط ما لا يفيد.

وإن شرط ما فيه غرض ولا مالية فيه، فقولان منصوصان في إلزام الوفاء به][2].

[فرع][3]:

ولو ظهر المبيع أعلى مما شرط، كعبد شرط فيه جنساً فوجد من جنس أعلى منه، فلا خيار للمشتري بذلك، إلا أن يتعلق له بذلك الجنس غرض يظهر، فيثبت له حينئذ الخيار.

---

(١) السبب: سقطت من «س».

(٢) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٣) فرع: سقطت من الأصل.

السبب الثاني: القضاء العرفي.

وهو العيب، لأنه دخل على السلامة فيه. والمثبت للخيار منه ما أثر نقصاً في المبيع أو الثمن أو في التصرف أو خوفاً في العاقبة. ثم يكون ذلك بنقصان وصف وزيادته، وقد يكون بنقصان عين. ثم منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه. ومنها ما يخص ومنها ما يعم، على ما يأتي تفصيل ذلك وبيانه في نقل الروايات، وذلك كالعمى والعور والقطع ونحوه. وكالخِصَى فإنه عيب، وإن زاد في القيمة، لأن النقص محقق ولا يخير بما زاد لأجل / غرض آخر. وسقوط ضرسين فأكثر [٢٢/أ] عيب، وكذلك الضرس الواحد في العليّ دون الوخش، وكالحمل فإنه عيب في النوعين في رواية ابن القاسم.

وروى أشهب تخصيصه بالعلي دون الوخش.

ونزل أبو بكر بن عبد الرحمن رواية أشهب على المجلوبة من العجم. قال: لأن المقيمة بالبلد يكون حملها من زوج أو زنا وكلاهما عيب.

وأطلق في الكتاب: أنَّ كون الأمة زَلَّاءَ صغيرة الكفل والردف ليس بعيب، وقيّده كثير من المتأخرين بالنقص اليسير الذي ليس بفاحش ولا خارج عن العادة.

وقد أشار في كتاب محمد إلى هذا التفسير، فقال: إلا أن تكون ناقصة الخلق.

وفيه أيضاً من رواية أشهب أن المشتري إذا اطَّلع على أن الأمة صغيرة القُبُل إنه لا ردّ له به إلا أن يكون فاحشاً.

وهذا يعضد التأويل المتقدم في مسألة الزلاء.

والشيب الكثير في الرائعة عيب، والقليل منه فيها مختلف فيه. وليس الشيب بعيب في الوخش إذا لم ينقص الثمن.

والاستحاضة عيب في العليّ والوخش جميعاً. والبول في الفراش عيب في العبيد والإماء إذا كانوا في سنّ من يستنكر[1] منه ذلك في العادة.

وفي الكتاب: إن التخنث في الرجال والفحولة في النساء عيب. وشرط في الأمة أن تشتهر بذلك[2].

وذكر ابن حبيب: أن ذلك إنما يكون عيباً إذا كان الذكر يُؤْتَى، والأنثى فحلة لشرار النساء. وأما التأنيث من جهة التكسّر في المعاطف والنطق فإنه ليس بعيب.

واختلف المتأخرون: هل كلام ابن حبيب هذا خلاف لما في الكتاب أو تفسير له؟ على قولين:

الأول: للشيخ أبي محمد. والثاني: لغيره.

ورد الشيخ أبو عمران قول ابن حبيب بأنه قد ذكر في الكتاب كون الأمة اشتهرت بذلك.

قال: فلو كان المراد ما قال، لم يحتج إلى التكرار.

قال: وإنما قيّد في الأمة بالاشتهار لكون فحولتها لا تضعف شيئاً من أعمالها، لكن اشتهارها بهذا نقص وعيب. وقد جاء في الحديث أنها ملعونة[3].

وأما الذكر فإنه يستدل بتخنثه في حركاته وألفاظه على ضعف قوّته وعمله، وذلك عيب وإن لم يشتهر.

---

(١) س: يستكثر.

(٢) المدونة: ٤/ ٣٢٩. كتاب التدليس، جامع العيوب.

(٣) عن أبي هريرة: «أن رسول الله ﷺ لعن المرأة تتشبه بالرجال، والرجل يتشبه بالنساء». أخرجه ابن ماجة، كتاب النكاح، باب في المخنثين. وقال في الزوائد: إسناده حسن. ورواه أبو داود بلفظ قريب من هذا اللفظ. انظر (سنن ابن ماجة: ١/ ٦١٣- ٦١٤).

والثيوبة ليست بعيب في الأمة، ولا ردّ للمبتاع بوجودها ما لم يشترط البكارة، إلا أن تكون الأمة في سن من لا تفتض[1] في العادة، فتكون البكارة كالمشترطة عادة.

وكذلك نداء المنادي عليها أنها بكر يقوم مقام الاشتراط.

والعسر عيب، والأَعْسَر هو الذي لا يعمل إلا بيساره.

فأما الأضبط، وهو الذي يعمل بكلتا يديه، فليس بمعيب إلا أن ينقص عمل اليمين به عن المعتاد لأجل مشاركة الشمال لها في القوة، فيكون عيباً، ولا يجبر ضعف اليمين بقوة الشمال.

ومن العيوب العامة في العبيد [والإماء][2] الزنا والسرقة وشرب الخمر والبخر في الفم والفرج.

ومنها الاطلاع على أن لأحدهما قرابة قريبة كالوالدين والأولاد، فإنه عيب، لأن قوة الألفة لهم والحنين إليهم يبعث على الإباق نحوهم وإيثارهم بما في يده من القوت وغيره، فأما غير هؤلاء من الأقارب كالأعمام والأجداد والإخوة، فلا يردّ بالاطلاع عليهم.

ومال بعض المتأخرين إلى أن الجدة للأم في الحنين [إليها][3] كالأم.

ورأى الإمام أبوعبد الله أن هذا ينبغي أن يرجع فيه إلى العادة.

ومنها: الاطلاع على أن في آباء العبد أو الأمة مجذوماً، فإنه عيب لما يتقى من غائلته في النسل، إذ قد يكون فساد في النطَف، فيتعدى في النَسل.

وكذلك الجنون إذا وجد بأحد الآباء من فساد الطباع. وأما إن

---

(١) في الأصل: من لا يفتض. (٢) والإماء: سقطت من الأصل.

(٣) إليها: سقطت من الأصل.

كان من مس الجانّ فلا رد به، إذ لا يخشى منه التعدّي في النسل.

وأما كون أحدهما ولد الزنا، فإنه عيب في العلي من الذكور والإناث. واختلف في كونه عيباً في الوخش.

ولو اطلع على أن في آباء الأمة أسود لم يكن عيباً في الوخش. واختلف في كونه عيباً في العلية لما يتوقع من كون الولد أسود.

ولو وجد العبد أغلف[1] والأمة غير مخفوضة لاختلف الحال، فإن كانت مجلوبة من رقيق العجم، ولم تطل / إقامتها ببلدنا فلا ردّ [٢٢/ ب] للمشتري به، لأنه على ذلك دخل. فإن كانوا ممن طالت إقامتهم عندنا، أو ولدوا عند المسلمين فذلك عيب في العلي منهم، واختلف في كونه عيباً في الوخش.

ولو قالت الأمة: ولدت من الذي باعني، فروى ابن القاسم أنها لا تحرم على المبتاع إلا أنه عيب.

قال ابن القاسم: يريد إذا باعها هذا فليبيّن، إذ لا يُقْدِم أهل الورع على هذا.

فــروع:

الأول: إن مقتضى ما تقدم من كون وجود العيب يقتضي ثبوت الخيار للمشتري في الردّ يقتضي ثبوته له إذا وجد بحائط الدار صدعاً ينقص من ثمنها، لكن قال في الكتاب: إن كان يخاف على الدار أن تنهدم بسببه كان له الرد به، وإن كان لا يخاف ذلك فلا ردّ له به[2].

---

(١) في الأصل: بياض مكان هذه الكلمة.

(٢) المدونة: ٥/ ٤٩٨. كتاب القسمة الثاني ـ ما جاء في الشريكين يقتسمان فيجد أحدهما بحصته عيباً أو ببعضها.

ووقف في الجواب عند هذا وتمّمه محمد فقال: لا يردّ به، ولكن يرجع بقيمة العيب إذا كان يسيراً.

قال: وكذلك في كل عيب.

قال الإمام أبو عبد الله: وهذا الذي ذكره محمد هـو الظاهـر. والمراد بما أطلقه في الكتاب، فقد قال في كتاب القسم منه: إن أحد الشريكين إذا اطلع فيما صار إليه بالانقسام في الرَّبْع على عيب يسير قضي له بقيمته(١).

قال الإمام [أبو عبدالله](٢): وقد أكثر المتأخرون القول في الفرق بين الديار وما سواها من المبيعات. وذكر عنـهم فروقاً عديدة، وقدح فيها.

ثم قال: والنكتة التي يحوم الجميع [عليها](٣) هي اعتبار الضرر بالعيب وحصوله والنظر في مقداره فيما يخف ويكثر.

قال: وقد ذهب بعض الأندلسيين إلى أن الدّور تردّ بالعيب اليسير كسائر السلع.

قال: وهذا هو مقتضى القياس والظاهر، وإنما سلك الآخرون ذلك لما تقدم من اختلاف أحوال المبيعات في حكم الضرر بالعيب ومقداره.

فـــرع مـرتـــب:

إذا اعتبرنا الفرق بين اليسير والكثير، وقلنا: إنها لا ترد باليسير فما هو اليسير؟.

اختلف المتأخرون في مقداره فقال بعضهم: هو ما كان لا يأتي على معظم الثمن.

---

(١) المدونة: ٥/ ٤٩٨. الكتاب نفسه والباب نفسه.

(٢) أبو عبد الله: سقطت من الأصل.

(٣) عليها: سقطت من الأصل.

وقال غيره: اليسير فيه ما نقص عن الثلث.

وأشار غيرهما إلى اعتبار كون العيب شاملاً لجميع الدار من جهة التأثير والقصد، كبطلان بئرها بطلاناً لا ينصلح[1] أو ما جلها أو سقفها أو قناتها. ورأى أن ما كان كذلك يوجب الردّ، لأنه[2] كعيب استولى على الكلّ.

الفـرع الثانـي:

في حكم العيوب التي لا يمكن أن يطلع عليهـا إلا بعد تغيُّـر هيئة المبيع كخشبة تشق فيوجد داخلها[3] عفناً أو مسوساً[4]. وكذلك الجوز والتين وشبه ذلك. وكذلك جلود اشتريت فلم يمكن الاطلاع على ما فيها من عيب إلا بعد دباغها. فما كان من هذا الجنس فلا يثبت للمشتري خيار الردّ به في الرواية المشهورة.

قال فيها: لأنه أمر ثابت، عليه يدخل البائع والمشتري والتبايع عليه وقع.

وروي أنه يردّ به كغيره من العيوب.

وفرّق ابن حبيب فلم يثبت الخيار من ذلك بما كان في أصل الخلقة، وأثبت[5] بما طرأ منها بعد السلامة منه فيها لسبب اقتضاه.

واختلف المتأخرون: هل هذا قول ثالث في المسألة أو هو خارج عن محل الخلاف؟ إذ يمكن الاطلاع على السبب الحادث وعلم البائع به، كوضع الخشبة في موضع نديّ، وشبه ذلك.

---

(١) في الأصل: لا يصح.

(٢) لأنه: سقطت من س.

(٣) س: باطنها.

(٤) أو مسوساً: سقطت من س.

(٥) س: وأثبته.

ووقع في كتاب محمد لأشهب وغيره: أن ما يمكن اختباره من ذلك والإطلاع عليه حال العقد كالجوزة والجوزتين والقثاءة والقثاءتين، فللمشتري الردّ إذا وجد باطنه رديئاً.

وفي كتاب محمد أيضاً: أن الأحمال لا يردّ ما وجد منها[1] فاسداً إلا أن يكون الحمل بكماله فاسداً، فإن ذلك لا يكاد يخفى على بائعه.

الفـرع الثالـث:

في اعتبار حالة حدوث العيب.

والضابط فيه أن كل حالة يكون ضمان المبيع فيها باقياً على بائعه لم ينتقل إلى المبتاع بعد، فحدوث العيب فيها يقتضي الخيار للمبتاع في الردّ به. وكل حالة انتقل الضمان فيها إلى المبتاع[2] فلا رد له بما يحدث فيها من العيب.

/ السـبب الثالـث: [٢٣/أ]

التغـريـر الفعلـي.

وفـيه فصـلان: الأول [في][3] حد السبب، والثاني في حكمه.

الفصـل الأول
فـي حـدّه

وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً فلا يوجد كذلك. والأصل في اعتبار هذا السبب قوله ﷺ: (لا تصروا[4] الإبل

(١) في الأصل: فيها.

(٢) س: على المبتاع.

(٣) في: سقطت من الأصل.

(٤) أصل التصرية حبس الماء، تقول: صريت الماء إذا حبسته. وفسر الشافعي المراد في هذا الحديث فقال: هو ربط أخلاف الناقة أو الشاة وترك حلبها حتى يجتمع =

والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر)[١].

ومعنى التصرية: جمع اللبن في الضرع وترك حلابه حتى يعظم، فيظن المشتري [لذلك][٢] غزارة اللبن، فنزل ذلك منزلة اشتراط الغزارة المظنونة، فوجب الخيار لفقدها وصار ذلك بمنزلة من اشترط في الشاة أنها تحلب قسطاً من اللبن، فوجدها على خلاف ذلك فإن له[٣] الرد.

أما لو ظن غزارة اللبن لكبر الضرع، فكان ذلك لحماً، لم يثبت له بذلك خيار.

وكذلك لو اشترى شاة غير مصراة فوجد حلابها قليلاً فلا ردّ له إلا أن يكون البائع يعلم مقدار حلابها، فباعها له في إبَّان الحلاب، ولم يُعلِمه ما يَعْلَم منها، فله الخيار، لأن البائع صار كبائع طعام يعلم[٤] كيله، والمشتري لا يعلم، فله ردّه، ولو كان في غير إبان لبنها فلا رد له وإن علم البائع منها ما لم يعلم المبتاع. وقال أشهب: بل يردها.

وإن اشتراها في غير الإبّان إذا حبسها حتى جاء الإبان وأقر البائع أنه كان عالماً بحلابها، حلب المشتري أو لم يحلب، إذا كانت شاة لبن.

وقال محمد: إن زيد في ثمنها لمكان اللبن، كان المشتري

= لبنها فيكثر، فيظن المشتري أن ذلك عادتها فيزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها. (فتح الباري: ٤/ ٣٦٢).

(١) أخرجه البخاري بلفظ قريب من هذا عن أبي هريرة. كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة.

(٢) لذلك: سقطت من الأصل.

(٣) فإن له: مكان هذه العبارة بياض بالأصل.

(٤) س: ويعلم.

مخيّراً، لأن على البائع أن يعلمه إذا كان المقصود منها اللبن.

ثم حكم الإبل والبقر حكم الغنم، إذا كان المقصود منها اللبن.

وفي معنى التصرية تلطيخ ثوب العبد بالمداد ليخيل[1] بذلك أنه كاتب. وكذلك كل ما أشبهه من التغرير بالفعل.

الفصل الثاني
في حكم السبب

وهو الخيار. فإذا علم المشتري أن الشاة مصراة قبل أن يحلبها كان له أن يردّها قبل الحلاب، وأن يمسكها ويحلبها ثم يختبرها، وينظر كيف عادتها، ومقدار ما تنقص عن التصرية.

وكذلك لو لم يعلم بالتصرية إلا بعد أن حلب، لكان له الخيار بين أن يردها أو يمهل حتى يحلب[2] ثانية ويعلم عادتها. فإن احتلبها الثالثة فقال محمد: ذلك رضى.

وفي الكتاب من رأي ابن القاسم أنه إذا جاء من ذلك ما يعرف أنه كان قد اختبرها قبل ذلك [فما حلب بعد ذلك][3] فهو رضى منه بالشاة ولا يكون له ردها.

وقال مالك في كتاب محمد: له أن يرد ولو حلب الثالثة. وهو مقتضى الحديث[4].

---

(١) في الأصل: ليحمل، وهو تصحيف.

(٢) في الأصل: بياض مكان هذه الكلمة.

(٣) فما حلب بعد ذلك: سقطت من الأصل.

(٤) المراد حديث التصرية.

والظاهر أن الثانية[1] لا توقف على العادة لقربها من زمان التصرية.

ثم حيث كان له الخيار فاختار الرد[2] فليرد معها[3] صاعاً من التمر للحديث وهو بدل عن اللبن الكائن في الضرع لدى العقد لعسر تمييزه، ولرفع الخصومة فيه. فلو أراد أن يرد اللبن بعينه عوضاً عن الصاع المأمور به لم يكن له ذلك، لأن الصاع لم يجب لفوات اللبن، بل لما ذكرناه. بدليل أنه لم يضمن بالمثل. قاله ابن القاسم.

ثم قال: ولو وافق البائع المشتري على ذلك لم يصحّ إذ يدخله بيع الطعام قبل قبضه.

وقال سحنون: إذا رده بعينه فهي إقالة. والإقالة في الطعام جائزة.

ثم قدر الصاع متعيّن، فلا يزاد عليه لكثرة اللبن وغزارته، ولا ينقص منه لقلّته ونزارته، ولا يلتفت إلى غلائه[4] أورخصه، بل قد قال بعض المتأخرين: إن كانت قيمته تساوي قيمة الشاة أو تزيد عليها، فظاهر المذهب أن عليه الإتيان به.

وأما جنس المخرج فقال القاضي أبو الوليد: روى ابن القاسم أنه يكون من غالب قوت البلد.

ووجهه: أنه قد ورد في بعض ألفاظ هذا الحديث في رواية ابن سيرين: صاعاً من طعام[5] فيحتمل تعيين صاع التمر في الرواية المشهورة على أنه كان غالب قوت ذلك البلد.

---

(١) في الأصل: الثالثة.

(٢) س: ردها.

(٣) س: معه.

(٤) في الأصل لغزارته، وهو تصحيف.

(٥) قال الإمام البخاري: قال بعضهم: عن ابن سيرين صاعاً من طعام وهو بالخيار ثلاثاً. وقال بعضهم عن ابن سيرين: صاعاً من تمر، ولم يذكر ثلاثاً، والتمر أكثر. انظر (فتح الباري: ٤/ ٣٦١).

فـرعـــان:

الأول:

إذا تعددت الماشية المصراة، فقال محمد بن خالد[1] الأندلسي / [٢٣/ ب] فيما ذكر عنه: يُكتَفى فيها بصاع واحد لجميعها، كما اتُّخِذَ في لبن الناقة، وإن ساوى لبن عدة من الشاء.

وقال أبو القاسم بن الكَاتب: تتعـدد الصيعان بتعـدد الماشيـة. واعتبر ذلك بغرة الجنين، واعتذر من اتخاذ الصاع في لبن الناقة بأن الكثرة في لبنها مقابلة بالجودة في لبن الشاة.

الفـرع الثـانـي:

لو رضي بعيب التصرية، ثم رد بعيب آخر غيره، فقال محمد: لا يرد عوض ما حلب، ورأى قصر الحديث على ما ورد فيه.

وذكر عن أشهب أنه يردّ الصاع. ومال إليه بعض المتأخرين.

النظر الثاني: في مبطلات الخيار وموانعه[2]. وهي صنفان:

الأول: ما يبطل الردّ على الإطلاق. وذلك أربعة أمور.

الأول: شرط البراءة من العيب. والمشهور من المذهب: جوازه والانتفاع به. وروي أنه لا ينتفع بالبراءة مطلقاً.

---

(١) محمد بن خالد بن مرتنيل، يعرف بالأشج القرطبي. سمع من ابن القاسم وابن وهب وغيرهم من المدنيين والمصريين، كان فقهياً، ولي الشرطة والصلاة والسوق بقرطبة. ت حوالي ٢٢٠. (الديباج: ٢/ ١٦٣).

(٢) في الأصل: مواقفه، وهو تصحيف.

قال الإمام أبو عبد الله: من المتأخرين من يحكي هذه الرواية عن مالك حكاية مقيدة، فيقول: لم يختلف قوله في جواز البراءة من العيب اليسير، ولا في ثبوت البراءة في بيع السلطان، ولا في سقوط عهدة الثلاث وعهدة السنة في البيع الثابتة فيه البراءة.

قال: وسبب هذا الخلاف أن النهي ورد عن بيع الغرر واشتراط البائع على المشتري ألّا يرد عليه بعيب يطلع عليه يتضمن عقد الشراء على مبيع غير معلوم ولا محاط به، وبيع ما لا تعلم حقيقته لا يختلف في منعه كبيع الإنسان ما في يده أو ما في نهره من حيتان، لكون المشتري دخل على أن العبد المشترى إن وجده أعمى أصم أبكم لزمه الشراء بالثمن الذي بذل، وإن وجده على صفة كمال سالماً من العيوب كان ذلك له.

وأما وجه الجواز في الجملة فما أشار إليه ابن حبيب من حكم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما بإمضاء البيع المشترط فيه البراءة[1]، ومن كون الضرورة [قد تمس إلى ذلك وتدعو إليه الحاجة والمصلحة، فعُفِي عنه كما عُفِي عن عقود تضمنت غرراً للضرورة][2] الداعية إلى العفو عن ذلك.

وإذا فرعنا على المشهور، فهل يعم الانتفاع بشرط البراءة جميع المبيعات أو يتخصص ببعضها [دون بعض][3]؟.

ذكر ابن حبيب عن مالك أنه يعم جميع البياعات عرضاً كان المبيع أو حيواناً. وحكاه أيضاً عن ابن وهب، وحكاه غيره عن ابن كنانة.

وروي تخصيص حكم البراءة ببعض المبيعات. واختلف في

---

(١) لم نعثر على ما أشار إليه ابن حبيب من إمضاء الخليفتين رضي الله عنهما.

(٢) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٣) دون بعض: سقطت من الأصل.

تعيينه، فروي تخصيصه بالحيوان خاصة صامتاً كان أو ناطقاً، وهو مذهب الموطأ[1].

وروي تخصيصه بالحيوان الناطق خاصة، وهو مذهب الكتاب[2].

وسبب هذا الاختلاف أن بيع البراءة إنما عُفي عنه لاستواء البائع والمبتاع في الجهل بالعيب. ومقتضى ذلك جواز بيع البراءة في العروض وسائر المتملكات، لكون[3] من قصر ذلك على الحيوان رأى أن الحيوان تتلون أحواله بالصحة والسقم، ولا يكاد يحاط بعيوبه، فيقوى تصديق البائع بأنه جهل العيب الذي فيه، حتى يعتقد[4] أنه استوى علمه وعلم المشتري في العيب، بخلاف العروض.

وأما قصر ذلك على الحيوان الناطق فعلل بأمرين متقابلين[5]: أحدهما أن الرقيق يخبّر عن نفسه، لكونه ممن ينطق ويعرب عن نفسه، فإذا لم تقع منه شكوى لما أصابه من المرض لم يعلم سيّدهُ ما به، فعذر بكونه جاهلاً بالعيب وصدق فيما قال.

والأمر الثاني أن الرقيق يكتم عيبه ويستره عن سيّده مخافة أن يزهد فيه فيبيعه، فعذر سيده في جهله بعيبه، وصدق في أنه لم يعلم، بخلاف البهائم التي لا تكتم عيبتها.

---

(١) قال الإمام مالك: (الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن باع عبداً أو وليدة أو حيواناً بالبراءة من أهل الميراث أو غيرهم فقد برىء من كل عيب فيما باع، إلا أن يكون علم في ذلك عيباً فكتمه، فإن علم عيباً فكتمه لم تنفعه تبرئته، وكان ما باع مردوداً عليه). الموطأ، كتاب البيوع، العيب في الرقيق (تنوير الحوالك: ٢/ ٤٩).

(٢) المدونة: ٤/ ٣٤٩. كتاب التدليس، في بيع البراءة.

(٣) أ: لكن.

(٤) أ: حتى يعلم.

(٥) متقابلين: سقطت من س.

فــروع:

الأول: إذا قلنـا: إن شرط البـراءة لا ينفع بيـع السلطان وبيع الميراث إذا علم أنه ميراث جار مجرى بيع البراءة وإن لم يشترط.

الفـرع الثاني: حيث قلنا: إن البراءة تنفع، فإنما منفعتها في دفع الردّ بعيب لم يعلم به البائع دون ما علم به كما تقدم، فلو ادعى على [٢٤/أ] البائع / العلم فاعترف ردّ عليه.

وكذلك إذا طلب باليمين حين توجهت عليه فنكل عنها. وإن حلف فلا ردّ عليه به.

واختلف إذا باع الإنسان مال نفسه، هل يسوغ له أن يبيعه بالبراءة وإن لم يختبر المبيع وإنما باعه بحدثان ملكه، أو لا يسوغ له ذلك إلا بعد اختبار المبيع؟. فالمشهور أنه لا ينفعه التبري من العيوب إلا بعد اختبار[١] المبيع.

قال في الكتاب، في التجار يقدمون بالرقيق فيبيعونه بالبراءة ولم تطل إقامة الرقيق عندهم: هؤلاء يريدون أن يذهبوا بأموال الناس باطلاً، لا تنفعهم البراءة[٢].

وقال عبد الملك وغيره: تنفعهم البراءة في ذلك.

الفــرع الثـالـث:

إذا تبرأ البائع من عيب، وذكره في جملة عيوب ليست موجودة في

---

(١) أ: أخذ.

(٢) المدونة: ٤/ ٣٤٩. كتاب التدليس، في بيع البراءة.

المبيع لم تنفعه البراءة، حتى يفرده بالبراءة منه، ويعيّن موضعه، ويعلمه جنسه ومقداره ظاهراً وباطناً، فلا يبقى للمبتاع فيه قول، وكذلك لو اقتصر به على مشاهدة لا تقتضي الإحاطة به، أو تبرّأ إليه منه بخبر ولفظ فيه احتمال لم يبره ذلك، كما لو باعه بعيراً وتبرّأ إليه من دبرته، وهي منغلة[1] مفسدة فأراه إياها، ولم يذكر ما فيها من نغل وغيره، فلا يبرأ حتى يذكره.

وكذلك لو تبّرأ في العبد من إباق أو سرقة، والمبتاع يظن إباق الليلة، أو إلى مثل العوالي من المدينة، أو سرقة الرغيف، فيوجد ينقب، أو قد أبق إلى مثل مصر أو الشام من المدينة، فلا يبرأ حتى يبين أمره.

تقــريــــر:

قال أبو القاسم بن الكاتب: لم يختلف قول مالك في أن بيع السلطان على المفلس أو لقضاء ديون من تركة ميت بيعُ براءة وإن لم يشترطها.

قال: وإنما كان ذلك لأنه حكم منه بالبيع، وبيع البراءة مختلف فيه، فإذا حكم السلطان بأحد أقوال العلماء لم ترد قضيته عند من يرى خلاف رأيه فيما حكم به.

قال الإمام أبو عبد الله: قول أبي القاسم بن الكاتب فيه نظر عندي، فإن السلطان لم يتعرض في البيع إلى خلاف ووفاق، ولا قصد إلى حكم به إنْفاذ بيع على البراءة، فينفذ حكمه، وإنما فعل في نفسه فعلاً أوجبه الشرع عليه. ثم حكى عن بعض أشياخه أنه يرى إثبات الخلاف في بيع البراءة، ولو كان السلطان هو الذي يتولى البيع، وأنه تعلق في ذلك بقول سحنون، وكان قوله القديم أن بيع السلطان وبيع المواريث لا قيام فيه بعيب ولا بعهدة.

---

(١) نغل الجرح: فسد ـ فهو نغل بوزن فرح. (ترتيب القاموس المحيط: نغل).

قال: فقوله: كان قوله القديم، إشارة منه إلى أن له قولاً آخر، ويتعلق أيضاً بقول ابن القاسم: إذا بيع عبد على مفلس، فللمشتري أن يرد بالعيب.

قال: ففي هذا أيضاً إثبات الخلاف في بيع السلطان.

قال الإمام: وأما بيع الورثة لقضاء ديون وتنفيذ وصايا، فإن فيه الخلاف المشهور.

قال: فاقتصر مرة على ثبوت البراءة في بيـع السلطان خاصـة. وأضاف مرة إلى ذلك بيع أهل الميراث، ومراده من ذلك ما باعوه لقضاء دين أو إنفاذ وصية.

وأما ما باعوه لأنفسهم للانفصال من شركة بعضهم لبعض فلا حق ببيع الرجل مال نفسه بالبراءة. وكذلك من باع للإنفاق على من فيه ولايته.

فـرع مرتـب:

إذا قلنـا بأن بيع السلطان بيع براءة، فظن المشتري أن البيع واقع ممن لا تنفذ أحكامه، بل هو بيع رجل مال نفسه، فإنه لا يسقط مقاله في العيب، ويكون بالخيار بين أن يتمسك بـالمبيع على البـراءة من العيوب أو يردّه.

وقيل: لا مقـال لـه في العيـوب.

وحمل هذا القول على أن قائله ادعى ما لا يشبه لكون بيع السلطان مما لا يخفى لكونه في غالب العادة إنما يكون في مَجْمَع واحتفال، قال وإنما حمل بيع الورثة لقضاء دين وإنفاذ وصية على بيع البراءة لكون الديون كالوصايا يجب إنفاذها، ومن حق أهلها أن تعجل لهم حقوقهم إذا طلبوها، والسلطان والورثة والوصي غير / عالمين بأحوال المبيع وهم [٢٤/ب]

مطالبون باستعجال البيع فحمل بيعهم على البراءة لأجل ذلك، بخلاف بيع الإنسان مال نفسه.

المانع الثاني: فوات المعقود عليه حساً بالتلف، أو حكماً بالعتق ونحوه من الاستيلاد والكتابة والتدبير. فلو اطلع على عيب بالعبد بعد فواته فلا ردّ إذ لا مردود. وإذا عجز عن الردّ فله الأرش، وهو الرجوع إلى جزء من الثمن يعرف قدره بمعرفة نقصان العيب من قيمة المعيب، فيرجع من الثمن بمثل نسبته.

فــرع:

فإن كان[1] تعذر رد عين المبيع مع بقاء الملك فيه لتعلق حق به، كالمستأجر والمرهون، فقال ابن القاسم: يردّه متى عاد إلى يده.

وقال أشهب: إذا لم يخلصه من الرهن معجلاً ولا من الإجارة، حكم له بقيمة العيب.

واختار ابن حبيب مذهب أشهب إذا بَعُد زمان تخليصه من الإجارة والرهن.

ومذهب ابن القاسم: إذا قرب ذلك كالشهر ونحوه.

وإذا كان تعذر الرد لعقد انتقل به الملك إلى غيره، فإن كان بغير معاوضة كالعطايا رجع بقيمة العيب، وإن كان بمعاوضة كالبيع وما في معناه، فإن كان من البائع وقد أخذ منه فيه الثمن الأوّل فلا كلام له، وإن أخذ [منه][2] دونه استتم ما بقي منه.

وإن باعه له بأكثر منه فإن كان مدلّساً، أعني البائع الأول، فلا

---

(١) فإن كان: سقطت من س.

(٢) منه: سقطت من الأصل.

رجوع له، وإن كان غير مدلس ردّ على البائع الثاني، ثم ردّ عليه ليرجع له ما زاد على الثمن الأول.

وإن كان البيع من غير البائع فروى ابن القاسم بلاغاً أنه لا يرجع بشيء.

قال ابن القاسم: لأنه في بيعه على وجهين: إن باع بمثل الثمن فقد عاد إليه ثمنه. وإن باع بأقلّ فإن النقص لم يكن لأجل العيب.

وقال أشهب: إذا باع ذلك ولم ينقص منه لم يرجع بشيء، وإن نقص منه شيء كان له أن يرجع عليه بالأقلّ مما نقص أو من قيمة العيب.

وروي أيضاً أنه إن كان لم ينقص من الثمن في العيب لم يرجع بشيء، إذ ماله عند الرد إليه. وإن نقص من الثمن الذي اشترى به كان البائع مخيّراً بين أن يكمل له الثمن أو يعطيه قيمة العيب من الثمن الذي قبضه منه.

وكأنه في هذه الرواية قدر المبيع فائتاً في حق البائع خاصة، فخيّره إن شاء جعله قائماً وأكمل له ما نقص من الثمن إذ بين له سواه، وإن شاء جعله فائتاً فأعطاه قيمة العيب.

وما قاله في هذه الرواية هو مذهب أشهب، وهو اختيار ابن حبيب.

وقال مالك في المختصر: يقضى للمشترى بقيمة العيب، وهو تقدير للفوت في حقهما جميعاً، كالحكم في الموت وهو اختيار محمد ابن عبد الحكم، وأضاف ذلك إلى الموطأ، فقال: قد قال مالك رضي الله عنه في موطئه: إذا فات المبيع بشيء من وجوه الفوت كان فيه قيمة العيب.

قال: والبيع أحد وجوه الفوت.

وهذا المذهب اختيار القاضي أبي محمد.

فـــرع:

فإن عاد المبيع إلى البائع المبتاع، فإن كان بالرد من المبتاع الثاني لأجل العيب فله الرد على البائع الأول، لأن العائد هو المالك الأول. وإن عاد إليه بملك مستأنف فله رده على الأول أيضاً.

وقال أشهب: هو بالخيار، إن شاء ردّه على من اشتراه منه، وإن شاء ردّه عل البائع الأول. فإن رده على المشتري كان المشتري بالخيار بين أن يتماسك به أو يرده عليه، فيردُّهُ هو على البائع الأول إن شاء.

وسبب الخلاف أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟.

المانـع الثالـث:

ظهور ما يدل على الرضى بالعيب من قول أو سكوت أو فعل. أما القول فظاهر، وأما السكوت فهو التقصير عند الاطلاع على العيب، فإذا تمكن من ردّ المعيب فسكت عنه من غير عذر بطل خياره، ولم تبق له مطالبة بالأرش لتقصيره. وترك التقصير أن يرد مع التمكن وعدم العذر إن كان البائع حاضراً، فإن كان غائباً استشهد شاهدين بالرد، فإن عجز حضر عند القاضي فأعلمه، ثم القاضي يكتب إلى البائع إن قربت الغيبة، وإن كانت غيبة بعيدة تلوَّم له إن رجا قدومه، فإذا لم يرج قدومه قضى عليه إن أثبت / المشتري أنه اشترى على بيع الإسلام وعهدته. [٢٥/أ]

وأما الفعل فهو أن يتصرف في المبيع أو يستعمله بعد علمه بالعيب تصرفاً أو استعمالاً لا يقع في العادة إلا رضى من المشتري بالتمسك بالمبيع، وما كان من التصرف مشكلاً لم يقضِ عليه بكونه علماً على الرِّضَى.

هذا هو الأصل المعتبر في أمثال هذا.

فأما اختلاف الرواية في تصرف المضطر فإن ابن القاسم روى أن المسافر إذا اطلع على عيب في الدابة فركبها إلى أن قدم بها على صاحبها فإن ذلك لا يسقط حقه في الرد.

قال: وليس عليه أن يقودها، ويكري غيرها.

وروى أشهب: أن ذلك رضى منه.

وسبب الخلاف: هل يعد كالمكره أم لا؟.

فـــرع:

الاستعمال المأمور بتركه هو الاستعمال المنقص، كاستعمال الثوب بلبسه، فأما ما لا ينقصه الاستعمال كالدار وشبهها، فلا يلزمه إخلاؤها، بل يبقى على استعمالها، وهو يخاصم[1] لأن ذلك غلة وخراج، والخراج بالضمان، وضمانها منه.

وأما الحيوان فإن كان جارية فيترك وطأها، لأن الوطء إنما يباح فيما يستقر ملكه فليس له وطؤها وهو يريد نقض البيع فيها.

وأما الحيوان غير الجارية من عبد أو دابة فالمشهور أنه يترك استعمالها.

وذهب ابن حبيب إلى أنه لا يمنع من استخدام العبد وركوب الدابة قياساً على العقار، ولأن الخراج له والنفقة عليه، فلا يمنع من الانتفاع بالمبيع.

وإذا فرعنا على المشهور فلينزل عن الدابة إن كان راكباً، إلا أن

(١) س: وهو مخاصم.

يتعذر عليه القود، فيعذر في الركوب إلى مصادفة[1] الخصم أو القاضي، على الخلاف المتقدم.

المانـع الـرابــع:

زوال العيب قبل القيام به، فيسقط به حق الخيار.

أما إذا بقيت علقـة كطلاق الزوج الأمة قبل علم المشتري به[2]، فإن ذلك لا يسقط حقه من الـرد إذ تبقـى علاقة الزوج بها وتعلق قلبها به. وكذلك كما تبقى له علقة أو لا يؤمن من عودته، فإن أمنت عودته ولم تبق له علقة، فلا خيار للمبتاع في الرد به.

الصنــف الثانـــي:

ما يمنـع مـن الـرد علـى وجـه دون وجـه.

وهو تغـيُّر ما يحدث في المبيع. وليس كل تغـيّر يمنع.

فلنفصل ضروب التغير، وهو ثلاثة أضرب[3]:

الأول: ما يؤثر في المبيع تأثيراً يغير المقصود منه حتى يصيره كأنه ليس بالعين المبيعة. وهذا يلحق بالعيوب المفيتة للرد على الإطـلاق إذ ذلك في معنى تلف العين لأن المقصود من الأعيان المنافع.

الضرب الثاني: ما لا يؤثر تأثيراً له بال فيسقط حكمـه ويكون وجوده كعدمه.

الضرب الثالث: ما يؤثر تأثيراً له بال إلا أنه لا يغير المقصود من العين. وهذا هو المقصود بالكلام عليه الآن فيكون المبتاع فيه بالخيار بين أن يتماسك بالبيع ويأخذ أرش العيب القديم، أو يردّه مع أرش

---

(١) في الأصل: مصادمة، وهو تصحيف.

(٢) به: سقطت من س.

(٣) س: أوجه.

العيب الحادث عنده، إلا أن يقبل البائع المبيع بالعيب الحادث بغير أرش فلا يلزمه دفع الأرش إن تمسك المبتاع بالمعيب وطلب الأرش.

وحكى ابن مزين عن عيسى بن دينار أنه لا يسمع من البائع ذلك بل يبقى المبتاع على خياره.

واعلم أن هذا هو الأصل المعتبر في هذا الباب وما وقع في المذهب من الخلاف في آحاد العيوب فراجع إلى الاختلاف في دخولها تحت أي ضرب من هذه الضروب الثلاثة.

ولنذكر أمثلة لما وقع فيه الخلاف من ذلك وما نقل فيه من الروايات، فنقول:

قد ذكر في الكتاب من أمثلة الضرب الثاني الرمد والحمى والوعك[1].

ورأى أشهب أن الحمى والوعك من الضرب الثالث. وذكر من أمثلة الضرب الثالث العمى والشلل.

ورآهما ابن مسلمة من الضرب الأول. وكذلك رأى قطع ذنب البغلة المركوبة والفرس المركوب.

واختلف في عجف الدابة وهرم العبد أو الأمة، فالمشهور أن ذلك من الضرب الثالث، / ورآه ابن مسلمة من الضرب الأول. [٢٥/ب]

وقيل في سمن الأمة الهزيلة: أنه من الضرب الثالث.

وقيل: من الثاني.

وذكر في الكتاب في كبر الصغير أنه من الضرب الأول.

وذكر أيضاً أنه من الضرب الثالث.

---

(١) المدونة: ٤/ ٣٤٧- ٣٤٩. كتاب التدليس ـ ما جاء في عهدة الثلاثة.

والوطء في الثيب من الضرب الثاني على المشهور.

ولو كان في البكر افتضاض لكان من الضرب الثالث، يردها وما نقصها الافتضاض.

وذكر ابن حبيب عن ابن نافع وابن وهب وأصبغ أنهم يرون الوطء في الثيبات من الضرب الأول.

وتزويج الأمة من الضرب الثالث في المشهور.

وقيل: من الضرب الثاني.

وزاد ابن مسلمة: من الأول.

فإذا قلنا: إنه من الضرب الثالث تفريعاً على المشهور فولدت من الزوج، يجبر نقص النكاح بزيادة[1] الولد. وقيل: لا يجبر.

فــرع:

ما مضى من لزوم أرش العيب الحادث عند المبتاع إذا اختار الرد، وهو في حق غير المدلس. أما إذا كان البائع مدلساً بالعيب فإن المبتاع يرد المبيع من غير أرش للعيب الحادث عنده، إلا أن يفوت فواتاً يمنع من الرد، كهلاكه أو فوات[2] أكثر منافعه، فيتعين أخذ أرش العيب القديم. وكذلك لو تصرف المبتاع في السلعة غير التصرف المعتاد بأن أتلفها أو أتلف أكثر منافعها، كمن قطع ثوباً نفيساً قلانس أو خرقاً صغاراً أو شبه ذلك.

فأما لو تصرف فيها التصرف المعتاد، كما إذا فصلها أقمصة ونحوها مما جرت به عادة مثله في مثلها، فله الرد بغير أرش لما صَنع فيها، إذ هو سلطه على هذا الفعل فيها.

---

(١) في الأصل: من زيادة.

(٢) س: أو ذهاب.

ولو كان الهلاك بسبب العيب المدلس فيه لرجع المبتاع بجميع الثمن كمن دلس في عبد بالسّرقة[1] فسرق عند المبتاع فقطعت يده، فله رده بغير أرش للقطع.

وكذلك من دَلس بالإباق، فأبق العبد عند المبتاع، فكان[2] إباقُه سبب هلاكه، مثل أن يخشى أن يدركه الطلب فيتردّى من جبل فيهلك، أو يتوارى في غار، فيكون ذلك سبب[3] هلاكه فإنه يرجع بجميع الثمن.

ولو باعه المبتاع فأبق عند المبتاع الثاني، فهلك بسبب إباقه، لرجع الثالث على الأول بجميع الثمن، إلا أن يزيد على ما دفع الثالث للثاني، فيكون له أو ينقص عنه، فيكمله الثاني. قاله ابن القاسم، وكأنه قدّر أن الثالث، وإن لم يدلس عليه من باشر البيع له، فإن المدلس على من باع منه يقدر مدلساً عليه، لأنه يقول: لو أعلمت الأوْسط بالإباق لأعملني به فلم اشتره منه، أو كان مدلساً عليّ، فأنت سبب إتلاف الثمن عليّ.

وقال أصبغ: يؤخذ الثمن من الأول، فيدفع للثالث منه قيمة العيب الذي يستحقها على الثاني لو انفرد به، ويسلم بقيته للأوْسط.

وقال محمد: لا تأثير لتدليس الأوّل على الثاني إذا لم يضره، وليس له عليه شيء إلا أن يرجع عليه الثالث بالأرش، فيكون للأول على الأوسط[4] الأقلّ مما غرم للثالث، أو إكمال الثمن الذي دفعه أو قيمة العيب من الثمن الذي دفعه أيضاً.

وكذلك يجب أن يكون[5] للثالث أن يرجع هاهنا على الأول

---

(١) س: بسرقة.

(٢) في الأصل: فكان له.

(٣) س: بسبب.

(٤) س: على الأول للأوسط.

(٥) أن يكون: سقطت من س.

المدلس بما كان يرجع به على الثاني، إذا طالبه الثالث بالواجب عن الأرش.

ويتم الغرض من هذا القسم بذكر فروع.

الأول:

إذا ابتاع حلياً بخلاف جنسه نقداً فوجد به عيباً فما دفع البائع للمشتري في الأرش من جنس المبيع أو من سكة الثمن جاز عند ابن القاسم وأشهب.

وإن دفع ما يخرج عن جنس المبيع وسكة الثمن لم يجز عند ابن القاسم، وأجازه أشهب.

وقال سحنون: لا يجوز أن يأخذ منه شيئاً من جنس المبيع، وهي مسألة سوء لا يجوز الصلح فيها بوجه.

وسبب الخلاف أن ابن القاسم رأى أن المبيع ما حصل في يد المبتاع من الحلي، وما أخذ منه[1] من جنسه، وأن البيع إنما وقع بما بقي من الثمن. وعد ما أخذ كالمقبوض حالة العقد ما لم يدخلا / على [٢٦/أ] التأخير.

وجرى أشهب على أصله في أن الصلح إنما وقع على أن لا يرد الحلي بالعيب.

وأما سحنون فرأى أنه كصرف تأخر، لأنه دفع حلياً بالأمس مثلاً ودفع اليوم شيئاً من جنسه وأخذ عنهما جميعاً بالأمس خلاف جنسهما، وتأخر بعض الصرف لا يجوز.

الفرع الثاني:

إذا كانت الزيادة الحادثة صبغاً في الثوب، ثم اطلع على العيب،

(١) س: معه.

فله حبس المبيع وأخذ قيمة العيب أو رده ويكون شريكاً بما زادت الصبغة لا بقيمة الصبغة ولا بما ودى فيها، وسواء دلس في هذا أم لا. ولو كان الصبغ منقصاً لكان له ردها بغير مغرم، إن كان البائع مدلساً أو الحبس وأخذ الأرش. فإن كان غير مدلس كان كعيب حدث، وقد تقدم حكمه.

الفرع الثالث:

حيث تعين الأرش للمبتاع أو اختاره إذا ثبت له الخيار، وافتقرنا في ذلك إلى معرفة القيمة، فإنها إنما تعتبر يوم دخول المبيع في ضمان المبتاع وإن كان البيع صحيحاً.

وكذلك لو أراد المبتاع الرد مع أرش العيب الحادث لكان التقويم يوم العقد فيما يضمن بالعقد.

وقال أحمد بن المعذّل: إنما يضمن هاهنا بالقيمة يوم الرد، بخلاف المسألة الأولى.

الفرع الرابع:

في تبعيض العقد من ناحية تعدد من باع أو من اشترى. وتعدد البائع لا يمنع من رد المشتري على أحد البائعين ما يخصه من المبيع والتمسك بحصة غيره، فتتعدد الصفقة بتعدد البائع. وأما تعدد المشتري فاختلفت فيه الروايات:

فقال مالك في رواية: إن أحد المشتريين يتمكن من رد نصيبه على البائع، وإن للبائع لمقالاً.

وقال في رواية أشهب: إنه لا يمكن من ذلك.

وسبب الخلاف: النظر إلى أن هذه الصفقة هل تكون في حكم

الصفقتين وتتعدد بتعدد المشتري، كما تتعدد[1] بتعدد البائع أم لا؟.

فأما[2] تعدد المبيع، فإن كان مِمَّا لَا يفترق في العادة كالخفين والمصراعين وشبه ذلك فليس له تخصيص أحدهما بالرد وإن اختص بالعيب، بل إمّا ردهما جميعاً وإما أمسكهما جميعاً.

وأما ما ليس بأخٍ لصاحبه من العروض والحيوان والسلع وغير ذلك، فله ردّ المعيب منها بحصته من الثمن، وليس له رد السالم ولا هو عليه، إلا أن يكون [المعيب][3] وجه الصفقة فليس [له][4] إلا الرضى بالعيب بجميع الثمن أو رد جميع الصفقة.

والمراد بوجه الصفقة هاهنا: ما زاد ثمنه على النصف من جملة الثمن.

الفرع الخامس:

في النزاع في العيب، وهو في صورتين:

الأولى : في وجوده، ولا تقبل دعوى المبتاع أن بالسلعة عيباً دون أن يثبته بالمشاهدة إن كان مشاهداً أو بالبيّنة إن كان غير مشاهد.

الصورة الثانية: النزاع في قدمه وحدوثه. ولا يخلو إما أن يكون مِمّا لا يحدث عند المشتري أو أن يكون مما يعلم أنه لم يكن عند البائع.

والقول في الموضعين قول من قوي سببه منهما مع يمينه.

أو يكون محتملاً، فيثبته المبتاع بالبينة إن وجدت.

ثم حيث كان العيب أو قدمه وحدوثه مـمَّا ينفرد أهل المعرفة

---

(١) س: تتعدد الصفقة.

(٢) في الأصل: بياض مكان هذه الكلمة.

(٣) المعيب: سقطت من الأصل.

(٤) له: سقطت من الأصل.

بعلمه، فإن كان العدول من أهل المعرفة فهو أتـمّ، وإن لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل قبل فيه غيرهم[1] ولو كانوا على غير دين الإسلام. حكاه القاضي أبو الوليد وقال: لأن طريق هذا الخبر عما ينفردون بعلمه.

فإن لم توجد البينة فالقول قول البائع مع يمينه، إذ الأصل لزوم العقد فيحلف إنّي لبعته. ويزيد فيما فيه حق توفية: وأقبضتُه وما به عيب. وهل يحلف على البتّ في الظاهر وعلى العلم في الخفيّ أو على العلم فيهما؟ في ذلك قولان لابن القاسم وأشهب. فإن نكل البائع حلف المشتري.

الفـــرع الســادس:

[٢٦ / ب] إنه إذا رد وقد / كان انتفع به أو استغل، فلا شيء عليه لأجل الغلة والانتفاع. وكذلك ثمرة النخـل إذا كان حدوثها عنده، أو اشترى النخـل وهي غير مأبورة. وفي المأبور منهـا خلاف، وكذلك في صوف الغنم. وأما الأولاد والنتاج فيرد ذلك مع الأمهات.

الفـرع السـابـع:

حيث كان له أن يردّ، فصرّح بالرد، ثم[2] هلك المبيع قبل وصوله إلى يد البائع فهل يكون ضمانه[3] من البائع أو من المبتاع؟ ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث فيجعله على البـائع إن حكم بـه حاكم، وإلا فمن المبتاع.

قال الشيخ أبو الطاهر: والخلاف في هذا على ما يقوله المتقدمون

---

(١) س: قول غيرهم.

(٢) ثـم: سقطت من س.

(٣) في الأصل: في ضمانه.

على الخلاف: هل الرد بالعيب نقض بيع فيكون الضمان من البائع على كل حال أو هو ابتداء[1] بيع فيختلف فيه على الخلاف في اشتراط مضي قدر التسليم.

قال[2] وعلى ما يقوله المتأخرون: هل هو نقض للبيع من أصله، فيكون الضمان من البائع، أو نقض له الآن، فلا يتحقق النقض إلا بوصوله إلى يد بائعه؟.

قال: ولعل الخلاف مع وجود الحكم نظراً إلى صفته، فإن كان الحاكم حكم بتخيير المشتري فالضمان منه، وإن حكم بالرد فهو من البائع.

الفرع الثامن:

إن العهدة في الرد على البائع، إلا أن يكون وكيلاً مصرحاً بالوكالة في العقد، فتكون العهدة في الرد على الموكل لا عليه. وفي معنى الوكيل المصرح بالوكالة في العقد الطوافون في المزايدة والنخاسون، ومن يعلم أنه يبيع للناس فلا عهدة عليهم.

الضرب الثاني:

من خيار النقيصة.

ما ثبت بمغابنة في البيع خارجة عما يتغابن[3] بمثله.

وقد قال القاضي أبو محمد: اختلف أصحابنا في ذلك، فمنهم من يرى أن يثبت الخيار للمغبون منهما، ومنهم من قال: لا خيار إذا كان من أهل الرشاد والبصر بتلك السلعة، وإن كانا أو المغبون منهما بخلاف ذلك، فللمغبون الخيار.

وقال الإمام أبو عبد الله: ليس الخلاف في الغبن على الإطلاق، وإنما هو مقيد بأن يكون المغبون لم يستسلم لمن بايعه، ويكون أيضاً

(١) س: إقرار. (٢) قال: سقطت من س. (٣) س: يتغابن الناس.

من أهل المعرفة بقيمة ما اشتراه، وإنما وقع في الغبن غلطاً يعتقد أنه غير غالط. فأما إذا علم القيمة فزاد عليها فهو كالواهب، أو فعل ذلك لغرض له فلا مقال له.

وكذلك إن استسلم لبائعه وأخبره أنه غير عالم بالقيمة، فذكر له البائع ما غرّه به، مثل أن يقول: أُعطِيتُ فيها كذا، أو قيمتها كذا، ويسمي له بائعها منه.

قال الإمام[1]: فهذا ممنوع باتفاق، وغير المستسلم لا يجوز، فإن وقع كان للمغبون مقال، كما يكون له في النجش.

ثم ذكر الإمام تعلق المثبت للخيار بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[2] وعدّ الاستثناء منقطعاً، وبنهيه ﷺ عن إضاعة المال[3]، وإضاعته إتلافه بغير عوض صحيح يقتضيه العقل.

قال: فأما ما اقتضاه رأي لغرض[4] صحيح أخطأ فيه أو أصاب فغير مراد بهذا الحديث. وأشار إلى غير ذلك، ثم نبه على سبب الخلاف بأن قال: قد تقرر أن المستسلم وإن لم يشترط ألّا غبن، فإن استسلامه لمن باع منه كالشرط عليه ألّا يغبنه، فاتفق على أن للمغبون مقالاً، كما أن من علم القيم فزاد عليها لا مقال له لأنه كالواهب. والمغبون غلطا على نفسه، هل يقدر كأنه مشترط[5] في رضاه أن لا

(١) س: الإمام أبو عبد الله.

(٢) البقرة: ١٨٨.

(٣) عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله ﷺ: «إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنع وهات، وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال». (أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الاستقراض، باب ما ينهى عن إضاعة المال).

(٤) في الأصل: بعوض.

(٥) س: أنه كمشترط.

يكون غبن، فيكون له الرد أو لا يقدر اشتراطه بل يكون راضياً بما عقد عليه كيف كان فيلزمه ذلك.

فــرع:

إذا قلنا بإثبات الخيار بالغبن الفاحش، فقد اختلف الأصحاب في تقديره، فمنهـم من حدّه بالثلث فأكثر، ومنهم من قال: لا حد له وإنما المعتبر فيه العوائد بين التجار فما علم أنه من التغابن الذي يكثر وقوعه بينهم ويختلفون فيه فلا مقال فيه للمغبون باتفاق، وما خرج عن المعتاد فللمغبون فيه الخيار.

خـاتمـة للنظـر فـي خيار النقيصــة

تشتمـل على ذكر العهدتين، وهما صغرى في الزمان كبرى في الضمان، وكبرى في / الزمان صغرى في الضمان. [٢٧/أ]

فالأولى هي عهدة الثلاث من جميع الأدواء، مما يطرأ على الرقيق من نقص في بدن أو فوات عين في مدة ثلاثة أيام، وكأن هذه المدة مضافة إلى ملك البائع ولذلك تكون النفقة والكسوة عليه غير أن الغلّة ليست له.

ورأى بعض المتأخرين أنها له، لأن الخراج بالضمان.

والعهدة الثانية الكبرى في الزمان الصغـرى في الضمان[1] هي عهدة السنة من الأدواء الثلاثة: الجنون، والجذام، والبرص.

وإنما قال بهما مالك رضي الله عنه لجريان العمل بهما في بلد الرسول ﷺ، وتناقل الخلف عن السلف لهما قولاً وفعلاً إلى زمانـه، كما نقل في كتابه[2].

وروى فيه عن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل أنهما كانا يذكران

(١) في الأصل: في الزمان.

(٢) الموطأ: كتاب البيوع، ما جاء في العهدة. (تنوير الحوالك: ٢/ ٤٨).

في خطبهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة من حين يشترى العبد أو الوليدة، وعهدة السنة.

والأمراء إنما يذكرون ذلك في المدينة على رؤوس الناس ولا ينكره أحد لكونه متقرراً في الشرع مشهوراً عندهم.

ثم تختص عهدة الثلاث بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: عهدة الرقيق ثلاث ليال[1].

وروي أيضاً عن سمرة بن جندب أن رسول الله ﷺ قال: «عهدة الرقيق ثلاث»[2].

وبأن الرقيق يكتم عيبه، فيستظهر عليه بثلاثة أيام حتى يتبين للمشتري ما كتم عنه. وبأنه مختص بذكر عيبه، بخلاف غيره، فيمكن أن يكون ذكر ذلك لسيده، فبادر ببيعه خوفاً أن يتبين مرضه، فجعل الثلاث أمداً لبيان ارتفاع تدليسه، كما جعلت في التصرية التي دلّس بها البائع، ولأن هذه المدة هي أمد حمى الرِّبْع[3].

وتختص عهدة السنة بأن هذه الأدواء تتقدم أسبابها ويظهر ما يظهر منها[4] في فصل من فصول السنة دون فصل بحسب ما أجرى الله تعالى العادة باختصاص تأثير ذلك السبب بذلك الفصل، فانتظر بذلك الفصول الأربعة، وهي السنة كلها، حتى يؤمن من هذا العيب، ومن التدليس به.

---

(١) حديث عقبة بن عامر أخرجه أبو داود بلفظ «عهدة الرقيق ثلاثة أيام» (مختصر سنن أبي داود للمنذري: ٥/ ١٥٦ ـ كتاب البيوع باب في عهدة الرقيق).

(٢) أخرجه ابن ماجه: حديث ٢٢٤٤ (٢/٧٥٤) والطبراني في الكبير (٧/٢٥٤) حديث ٦٨٧٤.

(٣) حُمّى الرِّبْع: بكسر الراء هي حُمّى تعرض للمريض يوماً وتدعه يومين، ثم تعود إليه في اليوم الرابع، وتسمى: (ملاريا الرِّبع) المعجم الوسيط: رَبَعَ.

(٤) منها: سقطت من س.

فـروع فـي أحكـام العهـدة.

نذكرها متتالية، والله أعلم، فنقول:

اختلف في محلها من الأماكن.

فروى المصريون أنه لا يقضى بها حيث لم تجر بها عادة حتى يحملهم السلطان عليها.

وروي أنها[1] يقضى بها بكل بلد، وإن لم يعرفوها ولا جرت فيهم، ويحملهم السلطان على ذلك ويحكم بها على من عرفها أو جهلها قبل التقدم [بها][2] أو بعده.

واختلف أيضاً في تداخل العهدتين:

فقيل عهدة الثلاث تدخل في عهدة السنة.

وقيل: بل يبتدىء من حين اقتضائها.

واختلف أيضاً في ابتداء عهدة الثلاث.

فمذهب ابن القاسم: أن الابتداء أوّل النهار التالي لزمن العقد، ليْلاً كان أو نهاراً.

وقال القاضي أبو الوليد: مقتضى مذهب سحنون الاحتساب من حين العقد من ليل أو نهار فتنقضي العهدة بالانتهاء إلى مثله بعد انقضاء الثلاث أو السنة.

هذا حكم بيع البت، فأما بيع الخيار فينزل انقضاء الخيار منزلة العقد في البت.

وإذا طرأ على المبيع أمر، فأشكل وقت حدوثه، ولم يدر أفي

---

(١) س: وروى المدنيون أنه.

(٢) بها: سقطت من الأصل.

العهدة أو بعدها، فهل يكون ضمانه من المبتاع أو من البائع؟ مذهبان لتقابل أصلي السلامة والضمان:

فقال ابن القاسم في العبد يأبق في العهدة، وقد تبرأ بائعه من الإباق، فلم تعلم صحته ولا هلاكه: إن ذلك من المبتاع، حتى يعلم أنه أصابه في العهدة.

وروى ابن نافع أن ذلك من البائع حتى يعلم أنه سلم في العهدة.

وللمبتاع أن يسقط العهدة بعد ثبوت العقد، ويسقط عن البائع الضمان والنفقة، ويبرم العقد.

ولو لم يسقط العهدة، ولكنه أحدث في العبد ما يمنع رده أو يقتضي الرضى به كالعتق، ثم حدث بالعبد عيب في عهدة الثلاث:

ففي كتاب محمد: تسقط بقية العهدة.

وقال أصبغ وسحنون: العهدة ثابتة، وينفّذ العتق ويرجع بقيمة العيب.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم في عهدة السنة مثل هذين القولين، وقولاً ثالثاً، وهو رد العتق.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا في عهدة الثلاث أولى.

/ القسم الثالث من الكتاب [٢٧/ب]

في حكم العقد قبل القبض وبعده

ولا بد من بيان حكم القبض وصورته ووجوبه.

أما الحكم فهو انتقال الضمان إلى المشتري فيما لا يضمن بمجرد العقد، إما مطلقاً وإما بشريطة مضيّ زمان يتسع للقبض على الخلاف فيهما.

وذلك ما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد، وما كان غائباً عن مرأى المتعاقدين حالة العقد عليه، على التفصيل المتقدم.

وما بيع من الثمار على رؤوس النخل قبل كمال الطيب.

وبالجملة، فكلّ ما لا يضمن قبل القبض فإنه يضمن بالقبض. ويستثنى عن ذلك ما بيع من الرقيق، حتى يخرج من عهدة الثلاث، وما بيع من الإماء فيه المواضعة حتى يخرج منها.

وما سوى الرقيق من الحيوان والعقار والعروض المقصود أعيانها فالعقد عليه كاف في نقل الضمان فيه إذا كان متعيّناً متميّزاً.

وقال الإمام أبو عبد الله: هكذا يورد أصحابنا نقل المذهب إيراداً مطلقاً. والذي تحقق من مذهبنا أن البائع إذا أمكن المشتري من قبض المبيع فتركه اختياراً سقط الضمان عن البائع. ويقدر بقاء المبيع في يده بعد التمكين، كقبض المشتري له ورده إليه على جهة الوديعة.

قال: ومن المتأخرين من يحكي عن المذهب الاختلاف في الضمان مطلقاً، ولو كان البائع لم يمنع المشتري من القبض.

فإن قيل: هل يشترط القبض في التسلّط[1] على التصرف بالبيع وغيره؟ قلنا: أما سائر وجوه التصرفات سوى البيع فلا يقف على القبض، وأما البيع فيختلف حكمه باختلاف الأعيان المبيعة وهي ضربان: طعام وغير طعام، فغير الطعام والشراب من سائر المبيعات من العروض والعبيد والحيوان والعقار، وما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول فبيعه جائز قبل قبضه في الجملة ما لم يعرض فيه ما يمنع منه.

وأما الطعام فقد ورد النهي عن بيعه قبل قبضه[2]، فلا يجوز فيما تعلق منه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد أن يباع قبل قبضه أو يعاوض عليه، إلا أن يكون على غير وجه المعاوضة كالهبة والصدقة، أو على وجه المعروف كالقرض والبدل فيجوز. ثم لا يجوز لمن صار إليه ذلك أن يعاوض عليه قبل قبضه.

وما ابتيع منه جزافاً أو مُصَبَّراً فبيعه جائز قبل نقله إذا خَلَّى البائعُ بينه وبينه.

والمشهور من المذهب: أن المنع من بيع الطعام قبل قبضه خاص بجنس الطعام وعام فيه، فلا يعدوه إلى غيره ولا يقتصر على بعضه.

ورأى ابن حبيب أنه يتعدى إلى كل ما فيه حق توفية.

وأشار ابن وهب في روايته إلى تخصيصه بما فيه الربا من الأطعمة خاصة.

---

(١) في الأصل: التسليط.

(٢) قال مالك: «قد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام قبل أن يستوفى» أي يقبض. الموطأ، كتاب البيوع، السلفة في الطعام انظر (الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٩١).

ثم حيث اشترط[1] القبض، فليس لأحد أن يقبض من نفسه لنفسه، إلا من يتولى طرفي العقد كالأب في ولده والوصي في يتيمه.

فـــرع:

إذا تقرر هذا، فقد أرخص في الشركة والتولية والإقالة، وينزَّل المشترك والمولي منزله المشتري سواء.

ولا يجوز أن يكون بين العقدين افتراق في مقدار الأجل ولا غيره.

وذكر القاضي أبو الفرج رواية بأن الشركة في الطعام قبل القبض لا تصح، والدين الثابت في الذمة كالعين الحاضر في جواز الاستبدال عنه في الجملة، لكن حيث أجزناه اشترطنا قبض البدل عنه في المجلس.

ويتشرط في جواز بيعه من غير من هو عليه أن يكون من هو عليه حاضراً مقرّاً.

فـــروع:

في حكم ضمان المبيع.

وحيث قلنا: إن الضمان من البائع فتلف المبيع انفسخ العقد.

وإتلاف المشتري قبض منه، وإتلاف البائع والأجنبي لا يفسخ العقد، بل يوجب القيمة.

وإذا تعيَّب المبيع بآفة سمائية، وكان ضمانه من البائع فللمبتاع الخيار، فإن أجاز فبكل الثمن ولا أرش له.

ولو كان التعيّب بجناية جانٍ، لكان له مطالبته بالأرش، كان البائعَ أو أجنبياً.

---

(١) س: اشترطنا.

ولو كان التعيّب والضمان من المبتاع لم ينفسخ العقد أصلاً.

وتلف بعض الطعام يوجب الانفساخ في ذلك القدر فقط، وسقوط قسطه من الثمن، إلا أن يكون التالف جلّ الصفقة، فيكون للمشتري الخيار في فسخها بكمالها.

وإن استوى التالف والباقي، ففي ثبوت الخيار له في الباقي قولان.

هذا حكم عقد البتّ.

أما عقد الخيار فالضمان فيه من البائع، إلا أن يكون المبيع في يد المبتاع، ويدعي هلاكه من غير بيّنه تصدّقه، والمبيع مما يغاب عليه، فضمانه منه.

قال ابن نافع: إلا أن يكون الخيار للبائع خاصة، فيكون الضمان منه لاختصاص المنفعة [به][1].

ثم إذا قلنا بالضمان، فهل يضمن بالثمن أو بالقيمة؟.

أما إن كان الخيار للبائع، فعند ابن القاسم: أنه يضمن الثمن إلا أن تكون / القيمة أكثر، فيطلب بها ما لم يحلف، فلا يضمن إلا الثمن. [٢٨/أ]

وعند أشهب: يضمن الأكثر من الثمن أو القيمة.

وأما إن كان الخيار للمشتري، فقال ابن القاسم: يضمن الثمن.

وقال أشهب: يضمن الأقل من الثمن أو القيمة، إلا أنه يحلف إذا كانت القيمة أقل وأراد أن يغرمها: لقد ضاع. وإن نكل غرم الثمن.

وسبب الخلاف: تغليب حكم البيع، أو تغليب حكم التعدي.

---

(١) به: سقطت من الأصل.

فــرع:

من أخذ ثوبين على أن المشترى منهما واحد، فضاعا أو ضاع أحدهما: فإما أن يكون مخيّراً في العقد والتعيين بأن يكون بالخيار فيهما جميعاً، يأخذ أيهما شاء، أو يردهما. وإما أن يكون مخيّراً في تعيين ما لزمه العقد فيه دون التخيير في العقد، بأن يكون أحدهما لازماً للمبتاع على كل حال ولكنه يرد الآخر. وإما أن يكون مخيراً في أحدهما في العقد والتعيين، وفي الآخر في التعيين خاصة دون العقد، بأن يكون قد لزمه أحد الثوبين، وهو بالخيار في أخذ الآخر.

فهــذه ثــلاث صــور.

أما الصورة الأولى فإن ادعى ضياعهما جميعاً، فهاهنا ثلاثة أقوال:

أحــدهــا: أنه يضمن واحداً خاصة، وهو في الآخر أمين. قاله ابن القاسم، نظراً إلى المآل، وهو كون أحدهما مردوداً بلا بُدّ، وهو أمانة.

القول الثاني: أنه يضمنهما جميعاً، قاله أشهب، نظراً إلى الحال دون المآل، إذ وقع العقد على أن له التنقل من أحدهما إلى الآخر بحكم مقتضى الخيار، والمبيع بالخيار مضمون، فكأنّ كلّ واحد منهما عقد عليه بانفراده على خيار.

والقول الثالث: وهو أيضاً لابن القاسم: التفرقة، فإن كان البائع متطوعاً بدفع الآخر ابتداء منه لم يضمن المشتري إلا أحدهما، وإن سأله المبتاع في تسليمهما ليختار منهما ضمنهما.

وأشار محمد إلى أنه لا فرق بين أن يقبضه المبتاع بسؤال منه، أو بتطوّع من البائع لكونه إنما دفعه حرصاً على البيع.

ومعتمد ابن القاسم في التفرقة اعتبار حصول المنفعة لأحدهما،

وترتيب الضمان عليه(١) واستدل [على](٢) حصولها لأحدهما بما صدر عنه من ابتداء أو استدعاء.

ثم حيث قلنا بالضمان، فالواجب فيما ضمنه منهما عند ابن القاسم الثمن، على قوله في الثوب الواحد إذا اشتري بالخيار، سواء كان الخيار له أو للبائع، لأنه قادر إذا كان له الخيار على أن يقبل أو يردّ، وله القبول في قيامه وتلفه، كانت قيمته أقلّ من الثمن أو أكثر.

وكذلك إن كان الخيار للبائع، فإن المشتري يضمنه بالثمن، لكون البائع سلمه إليه على أن عوضه الثمن الذي اتفقا عليه.

فإن كانت القيمة أكثر من الثمن حلف المشتري على الضياع ودفع الثمن فقط. وأما على قول أشهب فيضمن أحدهما بالقيمة إذ لا بد من رده، والآخر بالأقل من الثمن أو القيمة، إذ هو قادر على أن يلتزمه بالثمن وعلى ألّا يلتزمه فيردّ القيمة، لكن إن كانت القيمة أقلّ حلف: لقد ضاع، ودفعها، لأنه أقر بأنه لم يختر الإمضاء.

وذهب ابن حبيب إلى طريقة أشهب في كون المبتاع ضامناً للثوبين جميعاً، وذكره عن أصحاب مالك. وقال: إنه ليس بأمين في واحد منهما لمّا أخذهما ليختار أحدهما، لكنه إنما ضمنه إياها بالثمن.

وإن ادّعى ضياع أحدهما(٣) جرى حكم ضمانه على ما تقدم.

فعلى قول ابن القاسم يضمن نصف ثمن التالف، لتردده بين أن يكون هو المشتري بالخيار فيلزمه جملة ثمنه، أو يكون هو الذي على حكم الأمانة فلا يلزمه فيه شيء، فقسم الثمن لاعتوار حالتي الثبوت والسقوط عليه.

---

(١) عليه: سقطت من س.

(٢) على: سقطت من الأصل.

(٣) أ: وإن ادعى ضياعهما.

وعلى قول أشهب: يضمن الضائع كله، لأنه يضمنهما جميعاً إذا ضاعا.

قال أشهب في غير كتاب محمد، فإن أخذ الباقي كان عليه بالثمن والتالف بالقيمة، وإن ردّه فعليه التالف بالأقل من الثمن أو القيمة.

وإذا فرعنا على قول ابن القاسم أنه يغرم نصف التالف، فله عنده أن يختار كل الباقي.

وقال محمد: ليس له أن يختار إلا نصفه.

وسبب القولين: تغليب حكم التلف أو تغليب حكم الإمساك.

وأما الصورة الثانية فتجري على الخلاف المتقدم.

فعلى قول ابن القاسم: يضمن واحداً.

وعلى قول أشهب وابن حبيب: يضمن الاثنين.

وعلى قول ابن القاسم الآخر: يضمن الراغب منهما، على ما تقدم.

فإن شهدت البينة بالضياع فلا بد من ضمان واحد، لأنه لازم للمبتاع، ويختلف في الثاني.

فعلى[1] قول ابن القاسم: لا ضمان فيه.

وأما على أصل أشهب القائل بأن ما أخذ على الضمان لا يرتفع ضمانه بقيام البينة فيضمن، وإن ضاع أحدهما فقولان.

أحدهما: أن التالف منهما، والسالم بينهم /، وعليه نصف ثمنهما. [٢٨/ب]

---

(١) في الأصل: وعلى.

والقول الثاني: إنه يلزمه نصف التالف، وإنه يردّ[1] الباقي. فجعله بمنزلة ما إذا أخذهما، ليختار في العقد والتعيين.

وأما الصـورة الثـالثـة.

فإن ضاعا ضمنهما جميعاً[2] إن لم تقم بينة.

فإن قامت بينة بضياعهما ضمن واحداً بغير خلاف في المذهب.

وعلى مذهب ابن القاسـم يسقط عنه [ضمان الآخر][3].

ويضمنه على مذهب أشهب.

فإن ضاع أحدهما أُجريَ الأمرُ في ضياعه على ما تقدم.

ويشترط في هذه الصور الثلاث، إذا كان قد وجب عليه أخذ أحد الثوبين تساوى الثمنين.

فإن اختلفا كان من بيعتين في بيعة، فيضمن حينئذ ضمان المبيع بيعاً فاسداً.

وأما صورة القبض فتحكم فيـه العادة، وهـو فيها متنـوع بتنوع المبيعات.

فأما المكيل والموزون فيعتبر فيهما الكيل والوزن.

وفي اعتبار قدر المناولة في انتقال الضمان خلاف، سببه: هل المطلوب مجرد معرفة المقدار، وقد حصل، أو التوفية للمشتري، ولم تحصل؟.

وثمرته: الحكم باستصحاب الضمان أو انتقالـه إذا هلك المبيع

(١) في الأصل: وله أن يرد.
(٢) جميعاً: سقطت من س.
(٣) ضمان الآخر: سقطت من الأصل.

بعد امتلاء المكيال أو استواء الميزان. وقبل التفريغ في وعاء المشتري، إذ فيه قولان مبنيان على الخلاف المتقدم.

والمعتبر في المعدود العدّ.

وأما في العقار فتكفي التخلية.

وكذلك فيما بيع على الجزاف.

وما سوى ذلك، فعلى حسب العادة فيه.

وأما وجوب التسليم فيعم الطرفين، لكن بأيهما يكون الابتداء؟.

قال القاضي أبو الحسن: يقوى في نفسي على المذهب أحد أمرين: إما أن يجبر المبتاع على التسليم، ثم يؤخذ من البائع الثمن، أو يقال لهما: أنتما أعلم: إما أن يتطوع أحدكما على الآخر، فيبدأ بالتسليم، أو تكونا على ما أنتما عليه.

قال: وأن يجبر المبتاع أقوى.

القسم الرابع من الكتاب

في موجبات الألفاظ المطلقة في البيع وتأثيرها فيه بمقتضى اللغة أو العرف

وهـــي ثـــلاثـــة:

الأول: ما يطلـق فـي العقـد.

فمن اشترى شيئاً بمائة، فقال لغيره قبل القبض أو بعده في الطعام أو غيره. وليتكَ هذا العقد، فقد انتقل الملك إليه بالمائة. وهو ملك متجدد. وتُسلَّم الغلات المستجدة للأوّل، وتجدد الشفعة بجريان هذا البيع. ولو حط عن المولي بعض المائة لَحِقَ الحط المولى، لأنه في حق الثمن كالبناء وفي حق نقل الملك كالابتداء.

ولو قال: أشركته في هذا العقد على المناصفة، كانت تولية في نصف المبيع. ولو لم يذكر المناصفة لنزل على الشطر على المنصوص لابن القاسم.

الضـــرب الثـانـــي:

ما يطلق من الثمن من ألفاظ المرابحة.

فإذا قال: بعتك بربح للعشرة أحد عشرة أو اثني عشرة أو أكثر من ذلك، على هذا النسق، فلا خلاف أنه يحتسب لكل عشرة وزنها في الثمن أحد عشر أو اثني عشر بحسب ما يقوله.

فإن باع بوضيعة: للعشرة أحد عشر أو أكثر من ذلك[١] فللمتأخرين قولان: أحدهما: أنه يأخذ عن كلّ أحد عشر عشرة وبحسب ما سمّى. والثاني: أنه تنقسم العشرة على أحد عشر جزءاً فيحط ذلك الجزء من الثمن.

وعلّل ذلك بأنها لفظة فارسية، تفسيرها بالعربية ما ذكرناه من التقدير.

وإن باع بوضيعة للعشرة عشرين، فكل عشرين وزنها يأخذ عنها عشرة، ويحطّ نصف الثمن باتفاق المتأخرين.

وإن قال: بعتك بما قامت عليّ، استحق مع الثمن ما[٢] بذله من أجرة القصارة والكماد والطراز والخياطة والصبغ، وشبه ذلك مما له عين قائمة، ويستحق له قسطه من الربح إن سمى لكل عشرة ربحاً. فأما ما ليس له عين قائمة إلا أنه يؤثر في السوق زيادة فيه وتنمية للثمن، فإنه يستحقه. لكن لا يستحق له قسطاً من الربح وذلك كالإنفاق وكراء الحمولة.

ولا يستحق ما خرج عن القسمين كأجرة الطيّ والشدّ وكراء البيت ونفقة البائع على نفسه، مالكاً للمال كان أو مقارضاً فيه، وأجرة السمسار كذلك.

وقال بعض المتأخرين: أجرة السمسار لا بد منها، فكان[٣] القياس أن تحسب ويحسب لها الربح وإن لم يكن لها عين قائمة.

وتشترط معرفة المبتاع بما اشتراها به أو بما قامت عليه. فإن كانت مجهولة[٤] عنده لدى / العقد بطل عقده، ويجب على البائع حفظ [٢٩/ أ]

---

(١) على هذا النسق..... من ذلك: ساقط من س.

(٢) في الأصل: مع ما. (٣) في الأصل: فإن كان. (٤) في الأصل: فإن كان مجهولاً.

الأمانة بالصدق في قدر ما اشترى به، وبالإخبار عما طرأ في يده من عيب منقص أو جناية، ويلزمه الإخبار عن الغبن بالعقد وتقدم تاريخ الشراء، وعن كل ما لو علم به المبتاع لقلل علمُه به رغبته في الشراء. ولو نقد غير ما عليه [عَقَد][١] وجب عليه التبيين. ويجب ذكر تـأجيل الثمن[٢].

وأما إن اغتل من ذلك غلة[٣] من ربع أو حيوان فليس عليه أن يبيّن ذلك إذا لم يطل[٤] ولا حالت الأسواق.

وأما إن طال زمان أو حال سوق، فليبيّن.

وأما الصوف يجزّه فليبيّن، لأنه إن لم يكن يـوم التبايع نابتاً فقد طالت مدة البيع وإن كان نابتاً فله حصّة من الثمن، فلا بد من البيان على كلا الوجهين.

فإن قيل: فلو كذب البائع في الثمن؟.

قلنا: أما في قيام السلعة، فيخيّـر المبتاع بين أخـذها بجميـع الثمن[٥] أو ردّها إلا أن يحطّ البائع الكذب وربحه فتلزم المبتاع. فإن أبيا ما جعل لكل واحد منهما انفسخ البيع بينهما.

[وفي المبسوط][٦] عن عبد الملك بن الماجشون: لا يلزمه البيع بحطيطة الكذب وربحه. وأشار إلى أن الاطلاع على كذبه يشعر بخبث مكسبه، والمشتري يكره معاملة من كان كسبه خبيثاً.

---

(١) عقد: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: اليمين، وهو تصحيف.

(٣) س: ما له غلة.

(٤) س: إذا لم يطل زمان.

(٥) س: الثمن كله.

(٦) وفي المبسوط: سقطت من الأصل.

وفرق بعض المتأخرين فقال: إن اطلع على كذبه من غير أن يأتي متنصّلاً كان كما قال عبد الملك، وإن أتى متنصلاً فلا يكون للمبتاع مقال.

وأما في الفوت فعلى المبتاع قيمتها يوم قبضها، إلا أن يكون ذلك أكثر من الثمن بالكذب وربحه فلا يزاد عليه، أو يكون أقلّ من الثمن الصحيح وما قابله من الربح فلا ينقص منه.

وروى علي: أن البائع مخيّر بين أخذ الربح على ثمن الصحة، وبين أخذ قيمتها، إلا أن يشاء المبتاع أن يثبت على ما اشتراها به، فإن أبى فعليه القيمة يوم ابتاعها، إلا أن تكون القيمة أكثر من الثمن بالكذب وربحه، فلا يزاد عليه، أو أقل من الثمن الصحيح وما قابله من الربح فلا ينقص منه.

وقيل: إن الواجب مع فوت السلعة طرح الكذب وربحه من غير التفات إلى القيمة.

وقدّر قائل ذلك أنه العدل بين هذين المتبايعين.

ثم فوت السلعة يكون بالزيادة والنقصان. وفي كون حوالة الأسواق فوتاً قولان: سببهما النظر إلى صحة البيع فيلحق بالعيوب الموجبة للردّ أو النظر إلى أن المآل في هذا فساد، فيلحق بالبيوع الفاسدة.

وعلى هذا أيضاً القولان في القيمة متى تكون؟ هل يوم البيع إلحاقاً له بالبيع الصحيح، أو يوم القبض إلحاقاً له بالبيع الفاسد؟.

ولو كانت السلعة مما يكال أو يوزن لكانت كالقائمة يرد مثلها صفة ومقداراً إن لم يرض بها بجميع الثمن إلا أن يحط [عنه][1] البائع الكذب وما قابله من الربح، فتلزمه على المشهور كما تقدم.

---

(١) عنه: سقطت من الأصل.

ولو غلط في الثمن بنقصان، وصدّقه المشتري على ذلك أو قامت به بينة لخيِّر المبتاع بين أخذها بما صدقه عليه مع ربح ذلك، أو تركها. إلا أن يتركها له البائع بالثمن الأول وما يقابله من الربح.

وإن تراضيا على غير ذلك جاز، فاعلم.

الضـــرب الثالـــث:

ما يطلق في المبيع. وهو في غرضنا ستة ألفاظ.

الأول: لفـــظ الأرض.

ويندرج تحتها الأشجار والبناء، كما تندرج هي تحت البناء والأشجار. ولا يندرج الزرع إن كان ظاهراً، كمأبور الثمار، ويندرج إن كان كامناً، على إحدى الروايتين. والحجارة إن كانت مخلوقة في الأرض اندرجت، وإن كانت مدفونة فلا، إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها.

اللفـظ الثـاني: البستان.

وفي معناه الحديقة والجنان، وهو يستتبع الأشجار.

اللفـظ الثالـث: الـدار.

ولا تندرج تحتها[1] المنقولات. وتندرج الثوابت، وما أُثْبِتَ من مرافق البناء كالأبواب والأشجار والرفوف والسلاليم المثبتة بالمسامير.

اللفـظ الـرابـع: العبــد.

ولا يتناول مال العبد، وإن كان المذهب أنه يملك، ويتناول ثيابه التي عليه، إذا كانت تشبه مهنته.

---

(١) س: تحت.

فـــرع:

قال الشيخ أبو إسحاق: ولو شرط في الأمة تسليمها عريانة، لم ينفعه شرطه، وعليه مواراتها.

اللفـظ الخامـس: الشـــجر.

وتندرج تحته الأغصان والأوراق وكذلك العروق.

ويستحق الإبقاء مغروساً. فإن كان عليها ثمرة مأبورة لم تندرج تحته. وغير المأبورة تنـدرج. وفي معنى المأبـورة كل ثمـرة انعقدت وظهرت للناظرين.

فـــرع:

[٢٩/ب] لو تأبر شطر الثمار حكم بانقطاع التبعية فيه / دون الشطر الذي لم يؤبر. وإن تأبر أكثرها حكم بانقطاع التبعية في الكلّ.

وروي أن غير المؤبر يتبع، وإن كان الأقل.

وقال عبد الملك: أما ما بيع من النخل التي لم تؤبر[١] وفيه طلع، فإن كان حين باعه قد تبلَّحَ طلعه وظهر إغريضه[٢] وبلغ مبلغ الإبار في غيره، فثمره في عامة ذلك للبائع، إلا أن يستثنيه المبتاع، وإن كان لم يبلغ هذا المبلغ فهو للمبتاع وإن لم يستثنه[٣].

وليس لمشتري الأشجار أن يكلف البائع قطع الثمار، بل له الإبقاء إلى أوان القطاف، ولكل واحد أن يسقي الأشجار إذا كان يحتاج إليه إن لم يتضرر صاحبه بذلك.

---

(١) س: لا تؤبر.

(٢) الإغريض: الطلع والبرد. قال ثعلب: الإغريض: وما في جوف الطلعة، ثم شبه به البرد. وقال ابن الأعرابي: الإغريض: الطلع حين ينشق عنه كافورهُ. (اللسان: غرض).

(٣) س: استثناه أو لم يستثنه.

اللفظ السادس: بيع الثمار في رؤوس النخل.

وموجب إطلاقه بعد الزهْو استحقاق الإبقاء إلى أوان القطاف كما تقدم. وأما قبل الزهْو فيصح العقد بشرط العقد ويبطل بشرط التبقية، لأنها تتعرض للعاهات، فلا يوثق بالقدرة على التسليم حال القطاف.

واختلف في صحة العقد، إذا وقع عريّاً عن الشرطين على قولين سببهما الخلاف في إطلاق العقد: هل يقتضي التبقية فيبطل كما في اشتراطها، أو القطع فيصح كاشتراطه؟.

والأول: رأي البغداديين في حكايتهم عن المذهب، وتابعهم عليه الشيخ أبو محمد وأبو إسحاق التونسي ومن وافقهما من المتأخرين.

والثاني [هو][1] ظاهر الكتاب عند أبي القاسم بن محرز وأبي الحسن اللخمي ومن وافقهما من المتأخرين استقراء من قوله في كتاب البيوع الفاسدة فيمن اشترى ثمرة نخل قبل أن يبدو صلاحها فجَدَّها قبل بُدوّ الصلاح: البيع جائز إذا لم يكن في أصل البيع شرط أن يتركها حتى يبدو صلاحها.

ووجه هذا القول صرف الإطلاق إلى العرف الشرعي كما بعد الزهو، ولأن التبقية انتفاع بملك آخر لم يشترط ولم يقع البيع عليه.

فرعان:

الأول: إذا اشترى الثمرة والشجرة في صفقتين، فبدأ بالشجرة ثم اشترى الثمرة قبل الزهو، صح البيع، وكان كما لو اشتراهما معاً وكانت الثمار معها في حكم التبع.

وقيل: لا يصح، وبهذ أخذ ابن عبد الحكم والمغيرة وابن دينار.

---

(١) هو: سقطت من الأصل.

وإذا فرعنا على المشهور، فله أن يبقيها عليها، ولا يجب القطع ولا يفسد به البيع.

ولو باع الشجرة وأبقى الثمرة لم يجب اشتراط القطع، لأن المبيع هو الشجرة، ولا خوف فيها، وكذلك لو باع الشجرة مع الثمرة لم يشترط القطع لفقد العلة المذكورة.

الفـرع الثانـي:

بدوّ الصلاح في البعض كاف، لكن يشترط اتحاد الجنس، ولا يشترط أن يتحد النوع ولا البستان بل يباع بطيب الحوائط المجاورة له، لأن الكل فـي معنى الحائط الواحد إذا هدم الجدر الفاصلة فجعل الكل حائطاً واحداً.

وقيل: بل يشترط اتحاد البستان.

وقال القاضي أبو الحسن: إذا بدا الصلاح في جنس من الثمار في بستان في نخلة أو في بعضه ولو عذق في نخلة منه، جاز بيعه كله بطيب البعض، وجاز بيع ثمر النخل الذي في البساتين حولها كلها وفي ذلك البلد، وإن لم يطب فيها غير الذي طاب في ذلك البستان من الجنس المبكر الذي يتقدم فلا يباع غيره بطيبه.

وهذا القول يرجع إلى إقامة وقت بدو الصلاح مقام نفسه.

ولو كانت الأشجار مما تطعم بطنين في سنة، ففي جواز بيع البطن الثانية ببدو صلاح الأولى قولان، المشهور منهما المنع.

وصلاحُ الثمار بأن يطيب أكلها، ويأخذ[1] الناس في الأكل، وبظهور[2] مبادىء الحلاوة.

---

(١) في الأصل: ويكل.

(٢) أ: وتظهر.

وليحذر من الربا، فلا تباع الثمار بجنسها.

فلو باع الحنطة في سنبلها بالحنطة، فهي المحاقلة المنهيّ عنها، وهي ربا.

ولا يمكن الكيل في السنابل.

وفي معنى الحنطة كل ما لا يجوز بيعه بها متفاضلاً.

وكذلك لو باع الرطب بالتَّمر فهي المزابنة المنهيّ عنها.

كتاب العرايا

وقد استثني عنها العرايا.

ووجه استثنائها وبيان محل الرخصة فيها يتضح بالنظر في حقيقتها وقدرها ومحلّها وكيفية بيعها وعلّتها.

فأما حقيقتها، فقال القاضي أبو محمد: هي أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا الحدّ إنما يجري على مذهب أشهب وابن حبيب، دون مذهب ابن القاسم. وسنبيّن وجه ما ذكرناه عند الكلام على السقي والزكاة.

وأما قدرها، فلا يزاد على خمسة أوْسق. وفي الخمسة روايتان /: [٣٠/ أ]

رواية المصريين: الجواز.

وروى القاضي أبو الفرج تخصيص الجواز بما دون خمسة أوسق.

وسبب الخلاف: شك الراوي.

ففي المشهور: جعل الخرص أصلاً إلا في محل تيقنًا فيه المنع.

وفي رواية أبي الفرج: بنى على أصل المنع، حتى يتيقن النقل عنه.

وإذا تقرر المنع فيما زاد عليها، فلو تعدد المشتري أو البائع لجاز، ولو اتحد الشيء الآخر، فإن اتّحدا أو تعددت الحوائط وقد أعراه من كل

حائط قدر العرية، فقال الشيخ أبو محمد: هي كالحائط الواحد لا يشتري من جميعها أكثر من خمسة أوسق.

وتابعه على ذلك أبو بكر بن عبد الرحمن.

وقال الشيخ أبو الحسن: يجوز أن يشتري من كل واحد خمسة أوسق.

وقال أبو القاسم بن الكاتب: إن كانت العرايا بلفظ واحد فهي كالحائط الواحد، وإن كانت بألفاظ في أزمان متغايرة، فيجوز أن يشتري من كل واحد خمسة أوسق.

وأما محلّها من الثمار فالنخل والعنب محل ورودها.

واختلفت الرواية في القصر عليها أو التعدية.

والرواية المشهورة تعديتها إلى ما ييبس ويدّخر من الثمار. وجعلوا ذلك علة الحكم في محل النص، وأناطوا الحكم به وجوداً وعدماً، حتى قالوا: لو كان البُسْر مما لا يَتَّمَّر والعنب مما لا يصير زبيباً لم يجز شراء العرية [منه][1] بخرصها، بل تخرج عن محل الرخصة لعدم العلة.

وأما كيفية بيعها، فإن بيعها[2] جائز بالدنانير والدراهم والعروض ونحو ذلك من المعري وغيره، كانت قليلة أو كثيرة، مما ييبس ويدخر، أو مما لا ييبس ولا يدخر. وإنما محل الرخصة في بيعها مما يختص به المعري أو من ينزل منزلته في ملك بقية ثمن الحائط، ببيع أو ميراث أو هبة من شرائها ممن أعراها أو ممن انتقلت إليه عنه بأحد الأوجه المذكورة بخرصها من جنسها يقبضهُ عند الجداد، فهذا محل الرخصة في بيعها.

---

(١) منه: سقطت من الأصل.

(٢) اضطربت العبارة في س.

وأما علة الرخصة، فقال ابن الماجشون: هي رفع الضرر عن المعري بدخول المُعْرَى الحائط وتكراره إليه لأجلها.

وقال غيره: العلة قصد المعروف والإحسان.

وعلل مالك وابن القاسم بهما جميعاً.

ويتخرج على تحقيق العلة فروع:

الأول: شراء المُعْري بعض العرية.

الثاني[1]: شراء العرية وإن كانت جملة الحائط، إذا لم يتجاوز جملته خمسة أوسق.

الثالث[2]: إذا أعرى جماعة شركاء في حائط عرية، فهل يجوز لأحدهم أن يشتري من المعري ما يخصه من العرية أم لا؟.

فابن الماجشون يمنع في هذه الفروع أن تشترى العرية بخرصها، ويراها خارجة عن محل الرخصة.

وغيره يجيز ذلك.

فرعان:

الأول: في حَوْز[3] العرية.

ولما كانت عطية تبطل بموت المعطي قبل حوزها، افتقر إلى بيان الحوز فيها.

وقد روى ابن حبيب: أن الحَوْز فيها إنما يتم باجتماع أمرين: أن يكون فيها ثمرة، وأن يقبضها، لا يتم الحوز إلا بمجموعهما.

---

(١) س: الفرع الثاني.

(٢) س: الفرع الثالث.

(٣) في الأصل: جواز.

وقال أشهب في كتاب محمد: إن الحوز يتم بأحد أمرين: الإبار أو تسليم الرقبة.

الفـرع الثانـي: في الزكـاة والسـقي.

وقد اختلف فيهما، فقال ابن حبيب: زكاة العرية والهبة وسقيهما على المعطي.

وقال غيره: بل على المعطى.

وقال سحنون: بل على من كانت الأصول بيده.

وفرق ابن القاسم بين العرية والهبة، فجعلهما في العـرية على المعري، وفي الهبة على الموهوب له.

وإلى هذا أشار القاضي أبو الوليد عند ذكره لحد العرية.

قال[1]: ومعنى العرية عنده أن يعطيه الثمرة على وجه مخصوص، وهي أن يكون على المعري ما يلزمها إلى وقت بدوّ صلاحها، وهو وقت تمكن الانتفاع بها. وإطلاق الهبة عنده لا يقتضي هذا وإنما يقتضي أن ذلك يلزم الموهوب له من يوم الهبة، ففرق في ذلك بين الهبة والعرية. ولذلك قال عن مالك: إن زكاة العرية على المعـري، وزكاة الثمـرة الموهوبة على الموهوب له. قال: وفرق مالك بينهما في الزكاة والسقي.

وقال أشهب: زكاة العرية على المعري كالهبة، إلا أن يعريه بعد الزهو.

قال القاضي أبو الوليد: ويلزمه مثل ذلك في السقي.

قال: وقد قال محمد: إنه لا خلاف بينهم أن السقي على المعري.

ولعله أراد أنه لم ير لهم خلافاً ولا رأى فيها وفاقاً.

---

(١) س: فقال.

وسبب الخلاف: النظر إلى هاتين العبارتين: هل هما / مشعرتان [٣٠/ب] عرفاً بالتزام ذلك. فيلزمان المعطي كما قال ابن حبيب، أو هما غير مشعرتين بذلك، فيرجع إلى الأصل في عدم الالتزام كما قال الثاني، أو يختص لفظ العرية بالإشعار بذلك دون لفظ الهبة، فيفترق الحكم فيهما كما قال ابن القاسم؟.

وأما سحنون فرأى أن متولي القيام هو المخاطب بالزكاة [لأنه لما وليها مع علمه بوجوب الزكاة][1] فيها، فكأنه التزمها. ويخرج على هذا الخلاف حكم ما إذا كانت العرية جملة ثمر الحائط.

فإن قلنا: إنها على المعري، أخرج من الحائط.

وإن قلنا: إنها على المعري، أخرج من غيره، لأن ثمرته استحقت بالعطيّة. وكذلك إن كانت العرية دون خمسة أوسق، فإنه يراعى في وجوب الزكاة فيها كمال النصاب من غيرها في ملك من أوجبنا الزكاة [عليه][2] منهما.

هذا تمام الكلام على جواز بيع الثمار.

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٢) عليه: سقطت من الأصل.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الجوائح

ثم إذا انعقد البيع فيها [فهي][1] بعده من ضمان البائع فيما يطرأ عليها من الجوائح لما روى مسلم في صحيحه عن جابر: «أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح»[2].

وروي عنه أيضاً أنه ﷺ قال: لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، ثم[3] تأخذ مال أخيك بغير حق[4].

ثم النظر في أحكام وضع الجوائح يتعلق ببيان حقيقتها وقدرها ومحلها.

---

(١) فهي: سقطت من الأصل.

(٢) صحيح مسلم، كتاب المساقاة والمزارعة، باب وضع الجوائح. (صحيح مسلم بشرح النووي: ١٠/ ٢١٧- ٢١٨).

(٣) كذا وردت في النسختين وفي المدونة ونبه الدكتور الطاهر الدرديري في تخريج أحاديث المدونة إلى أن الصحيح: بِمَ.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، وضع الجوائح، والدارقطني في السنن: ٣/ ٣١ رقم ١١٨ وذكره الشوكاني في النيل: ٥/ ٢٨٠. وقال: أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة. (تخريج أحاديث المدونة: ٣/ ١١٦٧- ١١٦٨ رقم ٤٩٢).

النظر الأول: في حقيقتها.

وقد روي عن ابن القاسم: أن الجائحة ما لا يستطاع دفعه وإن علم به. فلا يكون السارق عنده جائحة على هذا القول، وقاله في كتاب محمد.

وأما في الكتاب، فقال: ولو أن سارقاً سَرقها كانت أيضاً جائحة في رأيي.

والأول مذهب ابن نافع في الكتاب[1].

وقال مطرف وابن الماجشون: الجائحة ما أصاب الثمرة من السماء من عفن أو برد أو عطش أو فساد، بحرّ أو برد أو بكسر الشجر، وأما ما كان من صنع آدمي فليس بجائحة.

ومقتضى هذا أن الجيش ليس بجائحة.

وفي الكتاب: من رواية ابن القاسم أن الجيش جائحة[2].

النظر الثاني: في قدرها المعتبر.

ولا تحديد فيها إن كانت بسبب العطش، بل يوضع قليلها وكثيرها، كانت تشرب من العيون أو من السماء.

فإن كانت غير العطش فالقدر المعتبر فيها الثلث فما فوقه، فلا يوضع ما دونه إلا في البقول على رواية ابن القاسم في الكتاب أن فيها الجائحة، وأن جائحتها يوضع قليلها وكثيرها[3].

---

(١) المدونة: ٥/ ٣٨. كتاب الجوائح، في جائحة الجراد والريح والجيش والنار وغير ذلك.

(٢) المصدر نفسه: ٥/٣٨.

(٣) المصدر نفسه: ٥/ ٣٢. كتاب الجوائح، في جائحة البقول.

وأما على رواية علي بن زياد وابن أشرس، فتعتبر جائحتها بالثلث كغيرها.

وروى غيرهما: أنه لا يوضع منه شيء.

ثم الثلث[1] المعتبر هو ثلث مكيلة الثمرة عند ابن القاسم، ولو كان الثلث المذكور إنما يساوي عشر الثمن. ولا يوضع عنده ما دون ثلث المكيلة، ولو كان يساوي تسعة أعشار الثمن.

وقال أشهب: إنما ينظر في البطون إلى ما أذهبت الجائحة، فإن كان يصير لقيمته ثلث الثمن وضع، وإن كان من الثمر عُشْرَهُ، وإن كانت قيمة ما أتلفت الجائحة لا يصير لها من الثمن ثلثه، بل أقل من ثلثه لم يوضع عن المشتري شيء وإن كان من الثمرة تسعة أعشارها.

فنظر ابن القاسم إلى أن الثلث إنما اعتبر لتمييز النقص المذكور الذي يكون جائحة من النقص المعتاد الذي لا يكون جائحة، وذلك إنما يكون باعتبار الثمرة.

ونظر أشهب إلى أن المقصود القيمة، وبسببها يزيد الثمن وينقص، ومن أجل نقصه تلحق المضرة، وقد يكون اليسير من الثمرة له معظم الثمن، فإذا أصيب لحق الضرر، كما أنه لو أصيب الكثير من الثمرة ولا قيمة له لم يلحق بسبب ذلك كثير ضرر.

فروع:

الأول: إذا كان المبيع من الثمار في عقد واحد أجناساً مختلفة عنباً وتيناً [ورُمَّاناً][2] وغير ذلك، فأصيب جنس منها [بجائحة وسلم سائرها، فجائحة كلّ جنسٍ منها][3] معتبرة به، فإن بلغت ثلثه وضعت، وإن قصرت عنه لم توضعْ. رواه ابن حبيب عن مالك.

---

(١) الثلث: سقطت من س.

(٢) ورماناً: سقطت من الأصل.

(٣) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

وروى محمد عن أصبغ: أن جائحة المصاب معتبرة بالجملة، سواء كان ذلك في حائط واحد أو في حوائط مختلفة.

فعلى قول أصبغ: ينظر إلى قيمة الجنس الذي أصابته الجائحة. فإن كانت قيمة ثلث الجملة حكم بالجائحة، ولا يعتبر ثلث الثمرة إذا ذهب الجنس كله.

فإن ذهب بعضه فابن القاسم ينظر إلى الجنس الذي أصيب بعضه وإلى القدر المصاب منه ويعتبرهما جميعاً، فإن كانت قيمته بقدر ثلث قيمة الجملة وأصيب / مع ذلك ثلث ثمرته حكم بالجائحة. وإن [٣١/أ] كان المصاب أقل من ثلث الثمرة لم تجب فيه جائحة. وكذلك إن كان ذلك الجنس أقل من ثلث الجملة في القيمة فلا جائحة فيه وإن أصيب جميعه.

وقال أصبغ: إنما ينظر في ذلك إلى ثلث القيمة فقط، فإن أصيب من الجنس الواحد ما يفي بثلث قيمة الجملة فهي جائحة. وإن كان أقل من ذلك فليس بجائحة.

الفرع الثاني:

إذا كان المبيع جنساً واحداً مختلف الأنواع فأصيب نوع منه فالاعتبار بثلث جميع المبيع باتفاق الأصحاب.

ثم المعتبر في رواية محمد عن مالك وابن القاسم وعبد الملك ثلث الثمرة.

وفي روايته عن أشهب: ثلث القيمة.

الفرع الثالث:

إذا كان المبيع نوعاً واحداً، وكان يُحبس أوله على آخره، كالتمر والعنب وما أشبههما في ذلك فالاعتبار في جائحته بثلث الثمرة.

وحكى القاضي أبو الوليد: أن المذهب لا يختلف في ذلك.

فإن كان مما لا يحبس أوله على آخره كالقثاء والبطيخ والخوخ والتفاح ونحو ذلك، فالاعتبار عند ابن القاسم بثلث الثمرة.

وعند أشهب بثلث القيمة.

الفرع الرابع:

إذا زادت الجائحة على الثلث حتى أصابت معظم الثمرة لزم المبتاعَ بقيّتُها، بخلاف من اشترى صبرة طعام فاستُحِقَّ معظمُها، أو اشترى طعاماً على الكيل، فذهب معظمه قبل الكيل[1] فإنه لا يلزم المبتاعَ ما بَقِي.

والفرق أن الجوائح معتادة، فلا تسلم الثمرة من يسيرها في العادة، وكثيرها متكرر فيها، والمشتري قد دخل على الرضى بما بقي منها، بخلاف الاستحقاق فإنه أمر نادر والمشتري لم يدخل عليه.

النظر الثالث: في محل الجائحة.

والثمرة المبيعة على ضربين:

أحدهما: يحتاج إلى بقائه في أصوله[2] لانتهاء صلاحه وطيبه، كثمرة النخل والعنب إذا اشتُري عند بدوّ صلاحه، وكثمرة التفاح والتين والبطيخ والورد والياسمين والفول والجلبان.

والضرب الثاني: ما يحتاج إلى ذلك، لبقاء رطوبته ونضارته كثمرة العنب إذا اشتريت بعد انتهاء طيبها، وكالبقول والفصيل، والأصول المغيّبة من الجزر والسَّلْجَم والبصل والثوم.

---

(١) قبل الكيل: سقطت من س.

(٢) س: في أصله.

فأما الضرب الأول، فلا خلاف عندنا في وضع الجائحة فيه، كما لا خلاف في أن ما لا يحتاج إلى بقائه في أصله لتمام صلاحه ولإبقاء نضارته، كالتمر اليابس والزرع، لا جائحة فيه لأنّ تسليمه قد كمل، فصارت بمنزلة الصبرة الموضوعة بالأرض[1].

وأما الضرب الثاني من الضربين الأولين، وهو المحتاج إلى البقاء في أصله لحفظ نضارته كالعنب المشترى بعد تمام صلاحه وما ذكر معه، فقال القاضي أبو الوليد: مقتضى رواية أصبغ عن ابن القاسم: أنه لا يراعى البقاء لحفظ النضارة وإنما يراعى تكامل الصلاح.

قال: ويجب أن يجري هذا المجرى كل ما كان هذا حكمه، كالفصيل والقصب والبقول والقرط، فلا توضع جائحة في شيء من ذلك [كله][2].

قال: ومقتضى رواية سحنون: أن توضع الجائحة في جميعه.

ويتم المقصود من النظر في أحكام الجوائح بذكر فروع:

الأول: ما انتقل مما فيه الجائحة على وجه البيع المحض مفرداً عن أصله فالجائحة فيه موضوعة.

فأما ما كان مهراً في نكاح فاختلف فيه أصحابنا:

فقال ابن القاسم: لا جائحة فيه، لأنه عقد لا يقتضي المغابنة والمكايسة، وإنما يقتضي المواصلة والمكارمة، ووضع الجائحة لم يرد في ذلك.

وقال ابن الماجشون: فيه الجائحة، وقاسه على البيع[3] بجامع الردّ بالعيب.

---

(١) س: في الأرض.

(٢) كله: سقطت من الأصل.

(٣) في الأصل: بيعه.

الفـرع الثـانـي:

من اشترى عريته، فقال مالك وابن القاسم وابن وهب: توضع فيها الجائحة.

وقال أشهب: لا توضع فيها جائحة.

وهذ إذا كانت العرية نخلاً معينة. فإن كانت أوسقاً من حائط، فلا يبقى إلا قدر[1] تلك الأوسق لزم المبتاعَ أداؤها، بمنزلة من أوصى بثمرة حائطه لإنسان، ولآخر منه بخمسة أوسق، فتلفت الثمرة إلا خمسة أوسق فإن جميعها لـه دون من أوصى له بجميع الثمرة.

الفـرع الثـالـث:

من باع ثمرة حائطه واستثنى منها[2] أصوعاً مقدرة فأجيحت، فقد روى ابن القاسم وأشهب: يوضع من العدد المستثنى بقدره.

وقال ابن القاسم في الكتاب: إن قصرت الجائحة عن الثلث [لم][3] يوضع عن المشتري شيء، وإن بلغت وضع عن المبتاع مما استثنى البائع بقدر ما يوضع عنه من ثمن الثمرة.

قال ابن القاسم: وهذا بخلاف الصبرة يبيعها ويستثني منها كيلاً يكون الثلثَ فأدنى فتهلك / الصبرة إلا ما استثنى البائع منها، فإن ذلك [٣١/ ب] له دون المبتاع.

وروى ابن وهب: لا يوضع من العدد المستثنى قليل ولا كثير، أجيح أكثر الثمرة أو أقلّها.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا عندي مبني على ما يقتضيه اختلاف قول مالك في المستثنى من الثمرة كيلاً:

---

(١) س: مقدار.

(٢) س: منه.

(٣) لم: سقطت من الأصل.

فعلى ما يقتضيه قوله من أن المستثنى تناوله البيع وارتُجِع، يقدر ذلك بعقد الاستثناء فلا جائحة فيه، لأن البائع ابتاع من المشتري ما استثناه من عدد الأوسق، فوجب أن يكون استثناؤه[1] مقدّماً في ثمرة الحائط، ولو لم يبق من الحائط غير ذلك.

وعلى ما يقتضيه قوله: إن المستثنى لم يتناوله البيع، وإنما أبقاه المستثنِي[2] على ملك البائع، وأن ذلك قد صار به البائع شريك المبتاع، فوجب أن تكون الجائحة بينهما على قدر ما لكلّ واحد منهما من ثمرة الحائط.

الفرع الرابع:

إن مشتري الثمرة إما أن يقتصر على شرائها، وإما أن يشتري أصلها أيضاً، فإن اقتصر على شرائها فالحكم في وضع الجائحة فيها ما تقدم، وإن اشتراها واشترى أصلها، فإن كان معها في صفقة واحدة فلا جائحة فيها. وإن كانا في صفقتين، فإن اشترى الأصل ثم الثمرة بعد بدوّ صلاحها صح العقد، واختلف في وضع الجائحة فيه، فإن كانت لم يبد صلاحها كان الشراء مختلفاً فيه، ومن أجازه أسقط فيه الجائحة. وإن اشترى الثمرة ثم الأصل فإن كان بعد بدوّ الصلاح كانت من البائع، والسقي باق عليه، ولو شرط البائع أَلَّا سقيَ عليه لم تسقط الجائحة عنه.

وإن اشترى الثمرة قبل بدوّ صلاحها على الجداد، ثم اشترى النخل جاز للمشتري أن يبقي الثمار حتى تطيب ومصيبتها منه.

وإن قال للمشتري: أنا أجدّها حسب مااشترطت[3] عليه كانت مصيبتها من البائع، إلا أن يتراخى بالجداد عن الوقت الذي كان يجدّها فيه.

---

(١) استثناؤه: سقطت من س.

(٢) س: الاستثناء.

(٣) في الأصل: ما اشتريت، وهو تصحيف.

القسم الخامس من كتاب البيع

في مداينة العبيد والتحالف [فيه][1]

وفيه بابان:

الباب الأول

في معاملة العبيد

والنظر في المأذون له في التجارة وغيره.

أما المأذون [له][2] فالنظر فيما يجوز له وفي العهدة، وفيما تقتضي منه ديونه.

أما ما يجوز له من التصرف فهو كل ما يدخل تحت اسم التجارة، أو كان من لوازمها ممَّا يعود بنماء المال.

وحكمه في ذلك حكم الشريك المفاوض والوكيل المفوّض إليه. وليس له أن يضع من المال عمّن عامله ولا أن يؤخره به، ولا أن يعمل طعاماً يجمع عليه التجار، إلا أن يكون ذلك[3] منه استيلافاً للتجارة، أو يعلم من أهله أنهم لا يكرهون ذلك.

وله أن يتصرف فيما اكتسبه بوصية أو بهبة أو نحو ذلك. وله أن يعامل سيّده.

واختلف إذا أذن له في التجارة وأخذ قراضاً [أو أعطاه][4] فأجازه ابن القاسم.

---

(١) فيه: سقطت من الأصل.

(٢) له: سقطت من الأصل.

(٣) س: إلا أن يكون جميع ذلك.

(٤) أو أعطاه: سقطت من الأصل.

ومنعه أشهب. ورأى أن أخذه إجازة منه لنفسه ودفعه إيداع [منه][1] للمال، وليس له ذلك.

ويقبل إقراره بالدين[2] فيما بيده، ثم لا يتّهم عليه قبل قيام الغرماء، وإن حجر عليه سيّده.

وقال ابن وهب في كتاب محمد: لا يجوز إقراره بعد حجر سيّده، وإن لم يقم الغرماء عليه.

وأما العهدة فإنه المطالب بدين[3] معامليه دون سيّدهِ فيتعلق بذمته، وإن لم يكن بيده ما يوفّي منه، لا برقبته ولا بذمة سيده. وإن أعتق طولب بها، ثمّ لا رجوع له بما غرم على السيّد.

وأما قضاء ديونه فمن مال التجارة لا من رقبته، وتباع فيها أمّ ولده، ولا يباع فيها ولده، لأنهم ليسوا بملك له، إلا أن يشتريَهم وعليه دين فإنهم يباعون فيه، لأنه يتلف أموال غرمائه، وليس ذلك له، وهم في هذا الموضع ملكه.

فروع متتالية:

قال أبو الحسن اللخمي: لا ينبغي للسيد أن يأذن لعبده في التجارة إذا كان غير مأمون فيما يتولاه، إما لأنه يعمل بالربا، أو خائن في معاملته، أو نحو ذلك. فإن تجر فربح وكان يعمل بالربا تصدّق السيد بالفضل، وإن كان يجهل ما يدخل عليه من الفساد في بيعه ذلك استحسن له التصدق بالربح من غير إجبار.

---

(١) منه: سقطت من الأصل.
(٢) في الأصل: في الدين.
(٣) س: بديون.

وقال مالك في الكتاب[1]: لا أرى للمسلم أن يستتجر عبده النصراني ولا يأمره ببيع شيء لقول الله تعالى: ﴿ وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ ﴾[2].

قال أبو الحسن اللخمي: فإن أذن له فتاجر مع المسلمين، كان الحكم فيما أتى به كالحكم في العبد المسلم. قال: ويختلف إذا تجر مع أهل دينه فأربى، أو تجر في الخمر، فعلى القول بأنهم مخاطبون بفروع الشريعة يكون الجواب على ما تقدم إذا بايع مسلماً، وعلى القول بأنهم غير مخاطبين إلا بعد تقدم الإسلام يسوغ / للسيد ما أتى به من [٣٢/أ] ذلك.

قال: وقد كان لابن عمر عبد نصراني يبيع الخمر.

وهذا كله إذا كان تجره لنفسه، فإن كان تجره لسيده لم يجز شيء من ذلك، وصار بمنزلة ما لو كان السيدُ المتوليَ لذلك البيع، لأنه وكيل له.

وللسيد الحجر على عبده بعد الإذن له، وإن اغترق الدين ما بيده ويمنعه التجارة، ثم يكون ما بيده لغرمائه دون سيده، إلا أن يفضل عنهم شيء، [فيكون له أو يكون أحدهم فيشاركهم.

وليس للغرماء أن يحجروا على العبد لكن لهم القيام بدينهم فيفْلسونه، وهو في هذا كالحُرّ][3].

وإذا أراد السيد الحجر عليه فلا يفعل ذلك دون السلطان حتّى يكون السلطان هو الذي يوقفه للناس.

---

(١) المدونة: ٥/ ٢٤٩. كتاب المأذون له في التجارة ـ في الرجل يستتجر عبده النصراني.

(٢) النساء: ١٦١.

(٣) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

قال مالك: ومن ذلك أن يأمر به السلطان فيطاف به حتى يعلم ذلك منه.

فإن حجر عليه السيد دون السلطان فقال ابـن حارث: ابن القاسم يقول: لا يجوز ردّه إلا عند السلطان، وغيره يقول: حيث رده السيد فهو مردود[1].

وقال أبو الحسن اللخمي: إن لم تطل إقامته فيما أذن له فيه ولم يشتهر، أجزى حجر السيد، ويذكر ذلك عند من يخالطه أو يعامله في سفره. وإن طال ذلك واشتهر الإذن له كان الحجر للسلطان يُسْمع بذلك ويُظهره.

وأما غير المأذون فملكه موقوف، لا تجوز فيه أحكامه، معاوضة كان أو معروفاً. وأحكامه فيها أحكام المحجور عليه، ينعقد بيعه إن باع، ويقف الفسخ على اختيار السيد، ويجوز اتّهابُهُ[2] وقبوله للوصية، ولا يقف ذلك على إذن سيده، ويخلع زوجته.

ثم المأذون له وغيره يملك ملكاً لا يساوي الحر فيه. فملكه غير مستقرّ، لأن للسيد أن ينتزعه منه متى شاء.

ودليل كونه مائلاً للملك أن الله سبحانه أضاف إليه الغنى والفقر، وأضاف له رسول الله ﷺ المال، [ولأنه][3] حيّ آدميّ ويصحّ منه ملك

---

(١) أصول الفتيا: ٤٢٠. وقبل أن يورد ابن حارث قول ابن القاسم وقول غيره قال ما نصه: (كل ما فعله العبد من الأفعال التي لا تجوز له فلم يردها السيد حتى عتق فإنها جائزة، إلا أن يكون السيد يرد ذلك من فعله عند السلطان، فلا يلزمه بعد العتق إلا أن رد السيد ذلك من فعله عند غير السلطان ففي ذلك اختلاف بين أصحاب مالك...).

(٢) كلمة غير واضحة في النسختين.

(٣) ولأنه: سقطت ممن الأصل.

الأبضاع، وهو أضيق أسباباً من الأموال. كيف وقد صح منه تعاطي أسبابه من قبول الوصية ونحوه، وقد اتفقنا على جواز تجارته وبيعه وشرائه بالغبن والدين، إذا كان مأذوناً له، مع كون الدين لا يلزم السيد، ولو أتلف أموال الناس لتعلق الدين بذمته دون رقبته، كما تقدم، والدين من فروع الملك.



الباب الثاني

في اختلاف المتبايعين وما يترتب عليه من التحالف وغيره

وللأصحاب في الحكاية عن المذهب طريقان:

أحدهما: التفصيل، وهو طريق المتأخرين، ويحصره النظر في كيفية الاختلاف وأحواله ثم في تنزيل الأحكام على الأحوال.

النظر الأول: في كيفية الاختلاف.

وينحصر في الثمن، وصفة العقد.

أما الثمن، فالاختلاف فيه في خمسة أحوال: جنسه ونوعه ومقداره وتعجيله وتأجيله وقبضه.

وأما صفة العقد فالاختلاف فيها في حالين: الخيار والبت، والصحة والفساد.

النظر الثاني: في تنزيل الأحكام على الأحوال.

أما الحال الأول من القسم الأول، وهو الاختلاف في جنس الثمن، مثل أن يقول أحدهما مثلاً: دنانير، ويقول الآخر: ثوب، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان على الإطلاق، إذ ليس أحدهما بتصديق قوله بأولى

من الآخر، ولم يقرّ البائع بإخراج سلعته بما قاله المشتري جملة ولا تفصيلاً.

وأما الحال الثاني منه، وهو الاختلاف في نوع الثمن، مثل أن يقول أحدهما مثلاً: قمح، ويقول الآخر: شعير، فقيل: يجري ذلك مجرى الحال الأول، وهو شهادة بتباعد الأغراض، وقيل: يجري مجرى الحال الثالث، وهو شهادة بتقارب الأغراض.

وأما الحال الثالث منه، وهو الاختلاف في مقدار الثمن ففي المذهب[1] فيه أربع روايات:

إحداها: أنهما يتحالفان ويتفاسخان، ما لم يقبض المشتري السلعة، فإن قبضها صدّق في الثمن.

الثانية: أنهما يتحالفان ويتفاسخان وإن قبضها، ما لم يَبِنْ بها فيصدق حينئذ.

والروايتان لابن وهب.

والرواية الثالثة: أنهما يتحالفان ويتفاسخان وإن قبضها وبان بها، ما لم تفت بتغيّر سوق أو بدن، فيكون القول قول المشتري. وهذه رواية ابن القاسم في الكتاب وبها أخذوا.

والرواية الرابعة: أنهما يتحالفان ويتفاسخان، وإن فاتت في يد المشتري، ويردّ القيمة بدل العين، وهذه رواية أشهب وبها أخذ.

قال الإمام أبو عبد الله: وهذا المذهب الذي كان يفتي به شيخنا[2] رحمه الله.

---

(١) في الأصل: فعلى المذهب.

(٢) شيخ الإمام أبي عبد الله المازري المقصود به عبد الحميد الصائغ.

قال: وأنا أفتـي به أيضـاً.

وسبب الخلاف في هذه[1] / الروايات أنه نظر في رواية أشهب [٣٢/ب] إلى أن كل واحد منهما مدعى عليه: إذ البائع يقول: لم أخرج سلعتي إلا على صفة لم يقر بها المشتري، والمشتري يقول: لم أشتر إلا بما سميته. وهذا يقتضي التحالف والتفاسخ مطلقاً.

وأما رواية ابن القاسم فنظر فيها إلى أن بفوات السلعة يفوت ردّها، وإنما تجب على المشتري قيمة، فصار البائع يدعي عمارة ذمته بشيء وهو منكر له.

ونظر في روايتي ابن وهب إلى ترجيح جانب المبتاع، فتارة اقتصر على وجود اليد وتارة أضاف إليها البينـونة حتى تتأكد بها.

فــــروع:

الأول: اعتبار الأشبه في الدعوى.

وقد[2] قال الشيخ أبو الطاهر: إن فاتت السلعة فلا خلاف في مراعاته.

قال: وأما إن كانت قائمة فقولان، المشهور أنه غير مراعىً، لوجود السلعة والقدرة على ردها، والبيع مظنة التغابن. والشاذ أنه يراعى.

قال: وصوّبه الأشياخ. ثم قال: وهذا ينبغي أن يكون خلافاً في حال، فإن ادعى أحدهما أشبه، وأبعد الآخر إلى ما لا يشبه، فينبغي أن لا يُختَلَف أن القول قول من ادعى الأشبه. وإن ادعى الآخر ما هو ممكن، ويتغابن الناس بمثله، فلا يلتفت إلى الأشبه.

---

(١) س: وسببُ اختلاف هذه.

(٢) قد: سقطت من س.

الفـرع الثـانـي:

حيث حكمنا بالتحالف، فالبداية بالبائع.

وروي في المستخرجة أن البداية بالمشتري.

وقال بعض المتأخرين: هما سيان، فيقدم بالقرعة.

فنظر في المشهور أن الملك في الأصل للبائع، والمشتري يدعي عليه[1] إخراجه له بغير ما يقول إنه رضي به. ونظر في الرواية الأخرى إلى أن البائع مقرّ بالبيع ونَقْلِ الملكِ للمشتري ومدّع زيادة ثمن عليه ينكرها، ولما تقابل هذان[2] الوجهان عند المتأخر المشار إليه قال بالقرعة.

الفـرع الثـالـث:

وهـو مـرتـب.

إذا قلنا بتبدئة البائع على المشهور، فهل ذلك من باب الأَوْلى أو هو واجب؟.

في ذلك خلاف، ينبني عليه الخلاف فيما إذا تناكلا.

فمن قال: إن التبدئة من باب الأَوْلى حكم بالفسخ، كما إذا تحالفا، وبه قال ابن القاسم.

ومن قال: إنها واجبة، أمضى العقد بما قال البائع. وبه قال ابن حبيب.

---

(١) عليه: سقطت من س.

(٢) هذان: سقطت من س.

التفـريـع:

إذا بنينا على قول ابن القاسم فأراد أحدهما أن يمضي العقد[1] بما قال الآخر وأبى صاحبه، فهل له ذلك أم لا؟ قولان.

وإذا بنينا على قول ابن حبيب، فهل يفتقر البائع إلى اليمين؟ قولان أيضاً، أحدهما افتقاره إليها.

وإليـه ميـل القاضـي أبـي الوليـد.

والثاني: عدم الافتقـار إليهـا.

قال الشيخ أبو الطاهر: وعليه حمل هذه الرواية أكثر الأشياخ.

الفـرع الـرابـع:

إذا حلفا فمذهب سحنون انفساخ العقد.

وقال ابن القاسم وابن عبد الحكم: بل يفتقر إلى إنشاء الفسخ.

وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا رضي أحدهما قبل الفسخ أن يمضي العقد بما قال الآخر. فسحنون يمنع ذلـك إذ حصل عنـده الانفساخ بالفراغ من التحالف.

وقال ابن القاسم في الكتاب: إلا أن يرضى المبتاع قبل الحكم بالفسخ بما قال البائع فذلك له.

وقال ابن عبد الحكم: إذا أراد البائع أن يلزمها المشتري بما حلف عليه المشتري، فذلك له، وإن شاء فسخ البيع.

الفـرع الخـامـس:

حيث قلنا بالفسخ، فهل ينفد ظاهراً أو باطناً، أو ظاهراً لا باطناً؟ فيه خلاف.

---

(١) س: البيـع.

فائدته حِلّ الوطء والبيع، على القول الأول دون الثاني، لأنه فيه وطىء أو باع ملك الغير، وليس له أخذها عوضاً مما له عليه من الثمن، إذ لا بد من البيع قبل ذلك.

الفرع السادس: في صفة اليمين.

وليبدأ الحالف باليمين على إبطال دعوى خصمه، ثم هل يقتصر على ذلك؟ لأن موضوع اليمين دفع الدعاوى وإبطالها دون تصحيحها، أو يضم إلى ذلك تحقيق دعوى نفسه، لأن أحد الفصلين يتضمن الآخر، ولأنه على تقدير نكول الخصم لا تكفيه اليمين الأُولى، ما لم يجدد يميناً أخرى، فكان له أن يجمع الفصلين في يمينه ليجتزي بها.

ولهذا قال أبو الحسن اللخمي: له أن يجمعهما إن شاء، ففوّض ذلك إلى خيرته لما رأى أن الحق له لا عليه.

وأما الحال الرابع من القسم الأول في تعجيل الثمن وتأجيله، مثل أن يدعي البائع انعقاد البيع على كون الثمن حالاً والمشتري / يدعي [٣٣/أ] خلافه. فالأصل فيه أنه جار مجرى الاختلاف في مقدار الثمن كما تقدم في الحال الثالث، إلا أنه قد اعتيد الشراء بالنقد في بعض السّلع، حتى صار ذلك العرف فيها.

فإن ثبت عادة في مبيع ما تصرف عن الأصل، وإلا فالرجوع إليه.

ولهذا نزّل بعض المتأخرين ما وقع من الاختلاف بين الأصحاب في ذلك على شهادة بعادة.

وقيل: القول قول البائع، وهو بناء على أن العادة التعجيل.

وقيل بالتفرقة بين بعيد الأجل وقريبه، فيكون القول في دعوى الأجل البعيد قول البائع، وفي دعوى الأجل القريب يتحالفان ويتفاسخان،

كالاختلاف في قدر الثمن، وكذلك إن اتفقا في أصله واختلفا في قدره فهو كالاختلاف في قدر الثمن.

وأمَّا إن اتفقا في أصله وقدره واختلفا في النهاية[1] فالقول فيه قول مـن أنكر نقيضه.

وأما الحال الخامس منه، وهو الاختلاف في قبض الثمن، فالأصل أن الثمن باق بيد المبتاع والمثمون[2] باق بيد البائع حتى يثبت الانتقال عن يد مَن ذلك بيده، إما بالبينة وإما بعادة مستقرة، وقد استقرت في بعض المبيعات بالقبض كالبقل واللحم وشبههما، يشترى من أصحاب الحوانيت، فإذا قبضها المشتري وبان بها، فالقول قوله في دفع ثمنها. وفي تصديقه إذا قبضها ولم يبِن بها، خلاف سببه الشهادة بالعوائد.

وأما الحال الأول مـن القسم الثاني، وهو الاختلاف في دعوى الخيار والبتّ، فروي عن ابن القاسـم تصديق مدعي البت.

وعن أشهـب تصديق مدعي الخيار.

فبنى[3] المتأخرون هذا الخلاف على القول بتبعيض الدعوى.

وأمـا الحال الثـاني منه[4]، وهـو الاختلاف في دعـوى الصحة والفساد، ففي الكتاب: أن القول قول مدعي الصحة مطلقاً من غيـر تفصيل، لكن نزّله المتأخرون على أن الاختلاف في ذلك يؤدي[5] إلى الاختلاف في زيادة الثمن ونقصانه.

فأما إن أدّى إلى ذلك فحكمه حكم الاختلاف في قدر الثمن.

---

(١) س: في انتهائه.
(٢) في الأصل: والمشهور، وهو تصحيف.
(٣) س: وبنى.
(٤) منه: سقطت من س.
(٥) س: لا يودي.

قالوا: وأما لو كان لا يؤدي إلى ذلك كقول أحدهم: لم أر المبيع، أو وقع البيع يوم الجمعة، وشبه هذا، والآخر ينكره، فالمذهب: القول بالصحة.

قالوا: لأنه الأصل في التعامل بين المسلمين.

قال: وعلى هذا قال أبو محمد عبد الحميد وغيره من المتأخرين: لو كان الغالب التعامل على الفساد لكان القول قول مدعيه.

قالوا: وكذلك وقع لسحنون في المغارسة إذا تداعيا فيها الصحة والفساد، إن القول قول مدعي الفساد، لأنه شهد أن الغالب فسادها في زمانه.

فرع: قال الإمام أبو عبد الله: ذكر المتأخرون[1] من أصحابنا أن كل معنى يؤدي إلى الاختلاف في الثمن فحكمه حكم الاختلاف فيه، ومثلوا ذلك باختلاف المتابعين في الأجل أو شرط رهن أو حميل أو يقول أحدهما: شرطت الخيار لي، ويقول الآخر: شرطت الخيار دونك، أو عقدنا البيع بتًّا.

قال الإمام أبو عبد الله: وهذا الذي مثل به مما يؤدي إلى الاختلاف في الثمن صحيح.

لكن قوله في اختلافهما في شرط الخيار أو وقوع البيع بتًّا مما يفضي إلى تحقيق، وهو النظر فيما يختاره مدعي الخيار: هل الإمضاء فيوافق مدعي البت، فلا يفتقر إلى يمين، أو يختار رد المبيع فيُختلف هل يكون القول قوله أو قول مدعي البت؟.

هذا تمام طريق المتأخرين.

أما الطريق الثاني، فقال القاضي أبو الحسن: إذا تبايعا شيئاً ثم اختلفا في مقدار الثمن أو اتفقا في الثمن ولكن اختلفا في المثمون، فقال

---

(١) في الأصل: من المتأخرين.

البائع: بعتك هذا الثوب بألف درهم، وقال المبتاع: بل هذا الثوب وثوباً آخر ابتعت بألف.

وكذلك إذا اختلفا في الأجل فقال البائع: نقداً، وقال المبتاع: إلى أجل، عيّنه.

وكذلك لو قال البائع: بعتك على ألَّا خيار لك، وقال المبتاع: بل لي الخيار، أو قال: بعتك على شرط الرهن، وقال المبتاع: لا، بل بلا رهن، أو قال: على شرط التضمين، وقال المبتاع: بل بلا شرط التضمين. فالحكم في هذه المسائل كلها واحد.

ثم ذكر أن المذهب فيها على ثلاث روايات، وترك رواية ابن وهب الثانية باعتبار البينونة مع القبض، فأسقطها وذكر سائر الروايات على ما تقدم في الطريق الأولى.

وكذلك الأستاذ أبو بكر / اقتصر على الروايات الثلاث التي اقتصر [٣٣/ب] عليها القاضي أبو الحسن بعد أن حكى قريباً مما حكى.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً

كتاب السّلم والقرض

القسم الأول: السَّلم

والأصل فيه قوله ﷺ: «من أسلم في تمر، فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»(١).

وفيه بابان: الأول في شرطه، والثاني في أداء السلم فيه.

الباب الأوّل
في شروط السَّلم

وهي ستة:

الأول: تسليم جميع رأس المال، حذراً من الدين بالدَّين. ولا يشترط قبضه في المجلس، ولا يفسد العقد بتأخيره بالشرط: اليوم واليومين. وفي كتاب بيع الخيار: الثلاثة أيضاً.

---

(١) أخرج ابن ماجة عن ابن عباس قال: قدم النبي ﷺ، وهم يسلفون في التمر، السنتين والثلاث، فقال «من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم، إلى أجل معلوم». (سنن ابن ماجة: ٢/ ٧٦٥. كتاب التجارات، باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم).

وحكى ابن سحنون وبعض البغداديين فساد السلم إذا افترقا قبل القبض.

وهو خلاف في حكم المقارب للشيء هل هو بحكم الشيء أم لا؟ ويرجع أم لا؟.

ويرجع الخلاف أيضاً إلى اعتبار ما يسمى ديناً بدين وما لا يسمى بذلك.

أما تأخيره بالشرط زيادة على الثلاث فمفسد للعقد، وأما بغير شرط ففي الفساد به قولان في العين خاصة.

ولا يفسد بتأخير العوض، إذ لا يتصور فيه دين بدين، لكن يكره إذا كان مما يغاب عليه كالطعام والثوب.

قال بعض المتأخرين: لأنه يقرب شبهه بالدنانير والدراهم قضاها الدين بالدين.

قال غيره منهم: إنما يتصور هذا إذا كان الطعام لم يكل: والثوب غائباً عن مجلس العقد، وأما لَوْ كِيل الطعام وحضر الثوب لم تكن كراهيته إذا لم يكن حق توفية، كما أجازوا أخذ سلعة حاضرة من دين فتركها مشتريها اختياراً مع التمكن من قبضها. ويستوي في إفساد العقد بجملته تأخير بعض المال وكله. ومهما فسخ السلم استردوا من المال. ولو كان رأس المال غير الدنانير والدراهم وقد عُيِّن، وهو جزاف غير مقدر جاز العقد، كما يجوز في البيع، وكما يجوز مع الجهل بقيمته.

وقال الشيخ أبو الطاهر: ظاهر قول القاضي أبي محمد منع كون رأس المال جزافاً. قال: والمذهب كله على خلافه.

فـــرع:

إذا اتحد جنس المسلم والمسلم فيه، فتشترط السلامة من التفاضل

والنَّساء: بأن يكون غير طعام ولا نقد، ومن سلف جر نفعاً، بأن لا يسلم الشيء فيما يزيد عليه، كانت الزيادة من جنسه أو من غير جنسه، إلا أن تختلف منافعها، كإسلام الحمار الفاره النجيب في الحُمُر الأعرابية، والفرس الجواد الذي له سبق يُسْلَم في حواشي الخيل، وكذلك ما عرف بالنجابة والحمولة من الإبل في حواشيها، والبقرة الفارهة القوية على العمل والحرث في حواشي البقر، وكذلك الشاة الغزيرة اللبن في حواشي الغنم، ومثل كبار الخيل والبغال والحمير والبقر في صغارها، وكجذع نخل كبير غلظه وطوله كذا في جذوع صغار لا تقاربه، وكعبد له نفاذ وتجارة في نُوبِيَّين أو غيرهما لا تجارة فيهما.

وكذلك جميع أجناس الأموال.

الشرط الثاني:

أن يكون المُسلَم فيه ديناً، فلا ينعقد في عين محاذرة من الغرر ببيع المعين إلى أجل، أو على تخليصه من يد مالكه، ولأنّ لفظ السلم للدين.

ولو أسلم بلفظ الشراء انعقد سَلَما وعجل رأس المال.

ثم يترتب على اشتراط التعلق بالذمة فرعان:

الأول: إنه لا يجوز أن يُسلِم في نسل حيوان بعينه وإن وصفه صفة تحصره، نفد أو لم ينفد.

وقال أبو القاسم السيوري: إذا لم ينفد وشرط أنه إن سلم ووافق تمّ البيع، وإلا لم يتم، جرى على قولين تخريجاً من مسألة كراء الأرض الغرقة. وكذلك من اشترى ما يخرج من شيء واشترط التمام إن خرج على صفة ولم ينفد فيه الخلاف أيضاً، وينخرط في هذا السلك المسلف في حديد معدن بعينه أو صوف غنم وألبانها، وما أشبه ذلك.

فأما لو كانت الإشارة إلى نَعَم كثيرة لا يتعذر الشراء منها لمن أرَاد، وإنما أشير إليها لمعنى انفردت به لجاز السلم في نسلها إذا وصف.

وكذلك يجري الحكم فيما ذكرناه من الحديد والغلات وما جرى مجرى / ذلك. [٣٤/أ]

الفرع الثاني:

السلف في تمرِ موضعٍ مشار إليه، وله ثلاث صور:

الأولى: أن يكون حائطاً بعينه. فهذا حكمه حكم البيع. والنص على أنه يلزمه، إن كان البيع بعد أن أزهى وصار بسراً أن يأخذ بسراً أو رطباً ويضرب أجلاً لا يتَّمَّر إليه ويسمي ما يأخذ كل يوم. ولا يشترط أن يأخذ كل يوم ما شاء. ولو شرط أخذ الجميع من يوم سماه لجاز.

وقال بعض المتأخرين: إن سمّوه بيعاً لم يلزم ذلك فيه، وإن سمّوه سلَماً لزم.

الصورة الثانية: عكس الأولى، وهي أن يسلم في تمر عظيم. فهذا حكمه حكم السلم المحض، فيجوز، وإنما يشار إلى الموضع، لكونه كالصفة لما يسلم فيه، كما تقدم في الحيوان.

الصورة الثالثة: أن تكون القرية صغيرة، وهذه الصورة قد أعطوها حكم السلم في اشتراط النقد وفي جوازه السلم لمن لا يملك فيها تمراً على خلاف بين المتأخرين في هذا الوجه خاصة، وأعطوها أيضاً حكم الحائط بعينه، فإنه لا يجوز السلم فيها إلا بعد الزهو، وفي أن العاقدين يؤمران أن يشترطا أخذ ما أسلما فيه قبل بلوغه إلى أن يصير تمراً، وفي اشتراط تسمية ما يأخذ كل يوم كما تقدم.

الشرط الثالث: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، لئلا يكون من بيع ما ليس عند الإنسان.

وروى ابن وهب وابن عبد الحكم جواز السلم إلى يومين أو ثلاثة.

وزاد ابن عبد الحكم عنه إلى يوم، فقيل: هذه رواية في جواز السلم الحالّ.

وقيل: لا يختلف المذهب في اشتراط الأجل، وإنما هذا الخلاف في مقداره.

والمشهور من المذهب أنه المسافة التي تختلف فيها الأسواق غالباً، كخمسة عشر يوماً ونحوها.

ويقوم مقام ضرب الأجل أن يعيّن القبض ببلد غير بلد العقد مما تغيّر الأسواق بينهما كثلاثة أيام أو نحوها.

ثم يجوز تأقيت الأجل بالنيروز والمهرجان وفِصح النصارى وفطير اليهود، إذا كان ذلك يُعلَم دون مراجعتهم. وكذلك يجوز بالحصاد والدراس وقدوم الحاج وشبهه مما تضبطه العادة، فيرجع إلى ميقات معلوم عند الناس، أو في حكم المعلوم عبر عنه بما يكون غالباً، لأن المراد به وجود ذلك الفعل في أي زمان كان، وهذا كخروج العطاء مثلاً، فإن المقصود بذكره الزمن المعتاد خروجه فيه، وليس المراد به خروج العطاء في أيّ زمان خرج.

ثم حيث أقّت بالحصاد أو الدراس وشبههما، فيكون الأجل وجود معظم ذلك، لا أوّله ولا آخره.

ولو قال: إلى ثلاثة أشهر احتسب بالأهلة، إلا أن يكون الشهر الأوّل انكسر في الابتداء، فيكمل ثلاثين من الشهر الرابع.

ولو قال: إلى الجمعة أو إلى رمضان حلّ بأول جزء.

ولو قال: في الجمعة أو في رمضان، فهو من أوله إلى آخره، ويكره بدْءاً.

فإن وقع فقال القاضي أبو الوليد: إن كان هذا المقدار إذا نسب إلى جملة الأجل زاد الثمن أو نقص فسخ السلم، فإن كان الأجل من البعد

على حدّ تكون نسبة الشهر إليه في حد اليسير، ولا يؤثر في الثمن، فلا ينقص السلم.

ولو قال: إلى أوّل الشهر أو آخره جاز.

ولو قال: إلى آخر يوم في أوله أو إلى أوّل يوم في آخره لجاز، إذ الأول الخامس عشر، والثاني السادس عشر.

الشرط الرابع: أن يكون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه عند المحل، لئلا يكون تارة بيعاً وتارة سلفاً، فلا يصح السلم في المنقطع لدى المحل، ولا يضر الانقطاع قبله ولا بعده.

ولو أسلم في وقت الباكورة في قدْرٍ كثير ـ يعني تخليصه ـ لم يصح.

فــرع:

إذا أخّر المسلَم إليه المسلَم فيه حتى انقطع وخرج إبَّانُه وأعوز وجودُه، فالمسلِم بالخيار في الفسخ أو الإبقاء إلى عام ثان. وإن قبض البعض ثم انقطع، فقال مالك: يتبعه إلى عام قابل. ثم قال: لا بأس بأخذ بقية رأس ماله. واختلف أصحابه وأصحابهم، فقال سحنون: يجب التأخير.

وقال أشهب: تجب المحاسبة.

وقال ابن القاسم: يجب التأخير إلا أن يتراضيا بالمحاسبة.

وقال أصبغ: تجب المحاسبة إلا أن يتراضيا بالتأخير.

وقال غيرهم: الخيار للذي له السلم في المحاسبة والتأخير.

وحكى المتأخرون عن ابن القاسم أنه متى قبض الأكثر جاز تأخير الباقي إلى قابل، وإن قبض اليسير وجبت المحاسبة.

قال بعض المتأخرين: وهذه الأقوال تجري على أصلين، أحدهما: من خُيّر بين شيئين / فاختار أحدهما: هل يعدّ كالمنتقل من [٣٤/ب] أحدهما إلى الآخر أو يعدّ كالآخذ ما وجب له. والأصل الثاني: هل المقصود المشتري والأجل في حكم التبع أو المقصود المشتري في أجل محصور لأنه إنما تحصل المنفعة [الكبرى][(١)] بتعجيله؟.

فرأى سحنون وابن القاسم أن المقصود الأول هو المشتري، إلا أن سحنون عدّ المخيّر منتقلاً، فيصير منتقلاً، فيصير كمن باع طعاماً قبل قبضه.

ولم يعدّه ابن القاسم منتقلاً.

وعلى هذه الطريقة يخرج قول مالك وابن القاسم.

وروى أشهب وأصبغ أن المقصود الثمرة في زمن محصور إلا أن أشهب عد المخير منتقلاً، فيصير كمن وجب له دين معجل فيفسخه في ثمرة إلى عام ثان.

ولم يعده أصبغ منتقلاً.

وكذلك القائل الخامس لم يعده منتقلاً، ورأى أن الأجل مملوك للمشتري، فيصرف الأمر فيه إلى اختياره.

وأما الرواية بالتفرقة بين قبض القليل والكثير فبناء على إعطاء الأتباع حكم متبوعاتها.

الشرط الخامس: أن يكون معلوم المقدار بما جرت العادة بتقديره من الوزن أو الكيل أو العدد أو الزرع أو غير ذلك من المقادير المعتادة فيه، فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد معلوم أو زرع معلوم إلى أجل معلوم.

ويكفي العدد في المعدودات ولا يفتقر إلى الوزن إلا أن تتفاوت آحاده تفاوتاً يقضي باختلاف أثمانها، فلا يكفي فيها حينئذ مجرد العدد

---

(١) الكبرى: سقطت من الأصل.

والمعدود كالبيض والباذنجان والرمان، وكذا الجوز واللوز إن جرت عادة بيعه بالعدد، وكذلك التين، وكذا البطيخ إذا كان متقارباً غير بيّن التفاوت، وكذلك جميع ما يشبه ما ذكرنا.

ولو عين في المكيل مكيالاً لا يُعتاد كالكوز فسد العقد، إلا أن تعرف نسبته من المعتاد. وإن كان معتاداً صحّ العقد وبطل الشرط لأنه لغو.

الشرط السادس: معرفة الأوصاف لدفع الخطر بجهل الصفة، فلا يصح السلم إلا فيما ينضبط منه كل وصف تختلف به القيمة اختلافاً ظاهراً لا يتغابن الناس بمثله في السلم.

ويصح في المصنوعات والمختلطات إذا أمكن ضبطها بالصفة.

ويجوز في الحيوان للأخبار والآثار، فيتعرض للنوع واللون والذكورة والأنوثة والسنّ، وبالجملة فيتعرض لكل ما تختلف الأغراض وتتفاوت الأثمان بسببه إذا لم يرد إلى عزة الوجود. فيذكر في الرقيق الجنس، فيقول: رومي أو حبشي أو تركي أو غير ذلك. واللون فيقول: أحمر أو أسود أو ذهبي أو غير ذلك. والذكورة والأنوثة، ويذكر فيها البكارة أو الثيوبة إن كان الثمن يختلف بذلك عندهم اختلافاً مقصوداً. ويذكر السنّ فيقول: يفاع[1] أو محتلم أو غير ذلك مما ينبي عن سنه، أو يذكر عدد السنين. ويذكر القدّ، فيقول: قصير أو طويل أو رَبعَة، ويذكر الجودة أو الدناءة.

ثم ينزل كل شيء على الغالب، وإن لم يكن فالوسط. ويقول في

(١) اليافع واليفعة: الشاب، ويقال غلمان أيفاع ويفعة أيضاً ـ قال ابن الأثير: أيفع الغلام فهو يافع: إذا شارف الاحتلام.

واليفاع: المرتفع من كل شيء، قال ابن الأثير: في إطلاق اليفاع على الناس غرابة. (اللسان: يفع).

البعير: ثنيّ أحمر من نَعَم [بني فلان][1]، ويتعرض في الخيل للون والسن والنوع أيضاً. ويتعرض في الطير للنوع والكبر والصغر من حيث الجثة. ويقول في اللحم: لحم بقر أو غنمٍ ضأنٍ أو معزٍ ذكر أو أنثى، خصي أو غير خصي، رضيع أو فطيم، معلوفة أو راعية. ولا بد من بيان السن، فيقول: ثني، أو رباع، أو جَذَع إلى غير ذلك من أوصاف السن التي[2] يختلف الثمن باختلافها.

ولا يشترط تعيين الفخذ أو الجنب أو غيرهما.

قال ابن حبيب: فإن اشترط[3] فحسن.

وقال ابن القاسم: إنما يشترطه أهل العراق، وهو باطل.

قيل له: أفيعطيه من البطن؟ قال: أفيكون لحم بلا بطن؟.

فقيل: وما مقدار ما يعطيه من البطن؟.

قال: قد جعل الله لكل شيء قدراً.

قال الإمام أبو عبد الله: وإذا كان الثمن مختلفاً[4] باختلاف هذه الأعضاء فالأَوْلى اشتراطه.

قال: ولعل الذي وقع في المذهب مبني على أن ذلك لا يختلف عندهم، أو يختلف ولكنه يعطيه من كل عضو بمقداره، حتى يجمع له ما بين الجيّد والدنيء بالنسبة المعلومة فيها.

وحمل قول ابن القاسم أنه يعطيه من / البطن إذا أسلم في اللحم [٣٥/أ] على عادة عندهم.

قال: والعوائد عندنا بخلاف هذا.

ويذكر المسلم في اللحم السِّمن [أيضاً.

---

(١) بني فلان: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: الذي.

(٣) س: فإن اشترطهما.

(٤) س: يختلف.

ويصح السلم][1] في المطبوخ والمشويّ إذا كان يعرف تأثير النار فيه بالعادة، وكانت الصفة تحصره.

ويصح السلم في رؤوس الحيوانات وفي الأكارع.

ويجوز السلم في اللبن والسَّمْن والزبد والمخيض، وفي الوبر والصوف والقطن والإبْريسَم والغزل المصبوغ وغير المصبوغ، وكذا في الثياب بعد ذكر الرِّقة والغلظ والنوع والطول والعرض. وكذا في الحطب والخشب والحديد والرصاص وسائر أصناف الأموال إذا اجتمعت الشرائط التي ذكرناها.

ولو اشترط الجودة جاز، ونُزِّل على الغالب، فإن لم يكن فالوسط منها، وكذلك الدناءة.

قال الإمام أبو عبد الله: والظاهر من مقتضى أصولنا جواز السلم وإن اشترط أجود الطعام أو أدناه.

تكملـــة:

قال الإمام أبو عبد الله: الصفات التي تجب الإحاطة بها هي التي يختلف الثمن باختلاف أحوالها، فيزيد عند وجود بعضها وينقص عند انتقاص بعضها، ولا طريق إلى العلم بهذه الصفات التي يختلف الثمن باختلافها إلا بالرجوع إلى العوائد واعتبار المقاصد.

قال: وقد تختلف العوائد باختلاف البلاد وأغراض سكانها، فيجب على الفقيه أن يجعل العمدة في هذا الاستناد[2] إلى عوائد سكان البلد الذي يفتي أهله، فينظر ما يقصدون إليه من الصفات، ويزيدون في الثمن لأجله فيضبطه، ويشترط في صحة السلم ذكره.

---

(١) أيضاً ويصح السلم: ساقط من الأصل.

(٢) س: في هذه الإسناد.

الباب الثاني
في أداء المسلم فيه

والنظر في صفته وزمانه ومكانه.

أما صفته: فإن أتى بغير جنسه فذلك اعتياض، وهو غير جائز في المسلم فيه إلا بثلاث شرائط:

- أن يكون المسلم فيه مما يجوز بيعه قبل قبضه.

وأن يكون المقتضي مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال.

- وأن يكون مما يجوز بيعه بالمسلم فيه يداً بيد.

[وإن أتى بالجنس][1] وهو أجود وجب قبوله، وإن كان أردأ جاز قبوله ولم يجب.

وإن زاد[2] بعد الأجل دراهم على أن أعطاه أزيد في الثوب طولاً أو عرضاً، جاز إذا عجل الدراهم.

قال في الكتاب[3]: لأنهما صفقتان[4]، وكما لو دفعت إليه غزلاً ينسجه ثوباً، ثم زدته في الأجر على أن يزيدك في طول أو عرض.

---

(١) وإن أتى بالجنس: ساقط من الأصل.

(٢) س: وإن زاده.

(٣) المدونة: ٤/ ٦٧. كتاب السلم الأول، في الرجل يسلف رجلاً في ثوب إلى أجل، ثم يأتيه قبل الأجل أو بعده فيزيده عليه على أن يجعله أطول أو أجود من صنفه أو من غير صنفه.

(٤) س: لانهما صفتان، وما أثبتناه من الأصل يطابق ما في المدونة.

وأنكره سحنون ورآه ديناً بدين، وأجازه في الإجارة لأنه شيء بعينه، والسلم مضمون.

وإن[1] أتى بنوع آخر، فإن أسلم في الزبيب الأبيض فجاء بالأسود جاز القبول.

وأما الزمن: فلا يطلب به قبل محله، ولو جاء به قبله بالزمن الكثير لم يلزم قبوله.

وألزمه المتأخرون قبوله في اليوم واليومين إذ لا تختلف فيه الأغراض ولا تتغير فيه الأسواق.

وأما مكانه: فحيث يشترطان، ولا يقتصر على ذكر عمل كمصر مثلاً حتى سمّى أيّ موضع منها، فلو عين الفسطاط جاز. فإن تشاحا في أي موضع منه لزم في سوق السلعة المبيعة.

فإن لم يكن لها سوق معروف لزمه القبض حيثما أعطاه.

فإن لم يعيّنا في العقد مكاناً، فمكان العقد.

فإن ظفر به في غيره وكان في النقل مؤونة حمل لم يطالب به، وإن لم يكن المطالب مؤونة حمل ففي ثبوت المطالبة خلاف.

ولا يجوز أن يَقْضِيَه بغير المكان المعين، ويأخذ كراء مسافة ما بين المكانين، لأنهما بمنزلة الأجلين.

---

(١) في الأصل: فإن.

القسم الثاني من الكتاب:

النظر في القرض

والنظر في حقيقته، ومحله وهو المقرَض، وشرطه وحكمه.

أما حقيقته: فهو دفع المال على جهة القُربة لينتفع به آخذه، ثم يتخير في ردِّه مثله أو عينه ما كان على صفته، ويجوز شرط الأجل فيه، ويلزم.

وأما المقرَض فكل ما يجوز أن يثبت في الذمة سلماً[1] جاز قرضه، ما لم يردّ إلى عارية الفروج. وفيه احْتراز عن قرض الجواري.

وخصص محمد بن عبد الحكم المنع بقرضهن لغير ذي محرم منهن.

قال الشيخ أبو الطاهر: ومر أكثر الأشياخ على أنه غير خلاف.

قال: وهكذا أجروا الحكم في استقراض النساء لهذا الصنف.

والصغير يقترض له وليّه، والصغيرة التي لا تُشتَهَى تقرَض.

فـــرع:

فإن اقترضها حيث منعنا من قرضها فإن لم / يطأها رُدّت، وإن [٣٥/ب] وطئها فات الردّ، ويكون على المقترض[2] قيمتها على المنصوص.

وقد اختلف المتأخرون فيما يُقضَى به في فاسد القرض، فأكثرهم على ردّه إلى البيوع الفاسدة، فيجب المثل فيما له مثل والقيمة في غيره.

ورأى أبو القاسم بن محرز ألا يؤخذ المقترض إلا بما دخل عليه، فيغرم المثل، ثم يباع المقرض ويعطى له إن كان مساوياً للقيمة أو

---

(١) س: سلفاً.

(٢) في الأصل: للمقترض.

ناقصاً عنها، وليس له سواه. وإن زاد عليها وُقِف الزائد، فإن طال وقفه تصدّق به عن من هو له.

قال بعضهم: وقول أبي القاسم هذا يجري في مسألة الجارية.

وأما شرطه: فهو أن لا يَجُرّ القرض منفعة، فإن شرط زيادة قدر أو صفة فسد، ولم يفد جواز التصرف، ووجب الرد إن كان المقرَض قائماً، وإن فات وجب ضمانه بالقيمة أو بالمثل على المنصوص، وبالمثل فقط على قول أبي القاسم بن محرز.

وسبب الخلاف أن المستثنيات عن الأصول إذا فسدت هل ترد إلى صحيحها أو إلى صحيح أصولها التي استثنيت عنها؟.

فرعان[1]:

الأول: أنه متى تمحّضت المنفعة للمقترِض جاز، [وإن تمحّضت][2] للمقرض منع لأنه سلف جر نفعاً. فإن دارت المنفعة من الطرفين منع أيضاً ما لم تكن ضرورة. فإن كانت كالسفاتج التي تدفع في بلد وتقضى[3] في غيره فينتفع المقرِض بالسلامة من غرر الطريق ففيها روايتان: المشهور منهما المنع.

وروى القاضي أبو الفرج الجوازَ.

ومن هذا النمط سلف الطعام السايِس والمعفون والمبلول والرطب والقديم، ليأخذ سالماً جديداً يابساً، فإن لم تكن مسغبة منع، بلا خلاف، وإن كانت وتمحّضت المنفعة للقابض فقد أجازه في الواضحة. وإن كانت للدافع بعض منفعة فهي كمسألة السفاتج.

ومن ذلك الحاج يتسلّف الدقيق والكعك يحتاج إليه، ويقول الدافُع: أوفيك في موضع كذا، لبلد آخر، منعه في المشهور.

---

(١) في الأصل: فروع.

(٢) وإن تمحضت: سقطت من الأصل. (٣) في الأصل: وتقضى.

قال: لكن يتسلف ولا يشترط.

وحكى حمديس عن سحنون جوازه.

ومن ذلك من أتى إلى رجل له زرع قد يبس، فقال: أسلفني فداناً أو اثنين أحصدهما وأدرسهما وأكيلهما.

وقد روي في هذا أنه لا بأس به إذا كان على وجه المرفق فيحصد اليسير من الكثير، وما لا يخفف به عن صاحبه مؤونة.

الفـرع الثانـي:

إذا أهدى إليه مديانه لم يحلّ له أخذ الهدية، إذ قبولها ذريعة إلى التأخير بزيادة. والمنع فيها محكي[(١)] عن عمر[(٢)] رضي الله عنه وغيره.

قال بعض المتأخرين: وهذا إذا لم تَجْرِ بين المتعاملين هدية، فإن كانت العادة جريان الهدية بينهما من غير معاملة أو كان بينهما من الاتصال ما يعلم أن الهدية له جازت.

ثم إذا وقعت الهدية على الوجه الممنوع ردّت مع القيام، فإن فاتت ضمنت بما يُضْمَن به المبيع بيعاً فاسداً.

---

(١) في الأصل: وحكى، وهو تصحيف.

(٢) المحكيّ عن عمر هو ما رواه عبد الرزاق عن ابن سيرين من اقتراض أبيّ بن كعب من عمر ثم إهدائه له من باكورة تمره وامتناع عمر من أخذها أولاً فلما قال له أبيّ: «لا حاجة لي في شيء منعك تمرتي» قبل عمر الهدية وقال: «إنما الربا على من أراد أن يربي وينسىء». المصنف: كتاب البيوع: باب الرجل يهدي لمن أسلفه ١٤٢/٨، الأثران ١٤٦٤٧ و١٤٦٤٨؛ ورواه ابن أبي شيبة من غير طريقي عبد الرزاق فجعل المقترض عمر والرادّ أُبَيّ. فقال له عمر القولة السابقة. المصنف: كتاب البيوع والأقضية: في الرجل يكون له على الرجل الدين فيهدي له أيحسبه من دينه؟ ١٧٧/٦ الأثر ٧١٦؛ ورواه النسفي من طريق آخر بمثل رواية عبد الرزاق ولم يذكر قولة عمر. السنن: كتاب البيوع: باب كل قرض جرّ منفعة فهو ربا ٣٤٩/٥؛ وروي المنع من قبول هدية المديان عن ابن عباس وأبيّ وعبد الله ابن سلام وابن عمر وابن مسعود. انظر ذلك في أبواب الإحالات السابقة.

وهل تلحق بالهدية مبايعته؟.

حكى أبو الحسن اللخمي قولين: الجواز والكراهة، وأشار إلى تنزيل الخلاف على حالين: فإن استوفى الثمن أو كانت الزيادة يسيرة بما يتغابن الناس بمثلها جاز، وإن كثر الغبن لم يجز[1].

وألحق المتأخرون بذلك أن يهدي رب المال لمن عامله مقارضة، لئلا يقصد بذلك أن يديم [العامل][2] العمل، فيصير سلفاً جر منفعة.

وأما هدية العامل لرب المال، فإن لم يشتغل[3] المال فهي ممنوعة باتفاق أهل المذهب، وإن شغله فقولان للمتأخرين بالمنع والجواز، وهما على النظر إلى الحال أو المآل.

وأما حكم القرض فهو التمليك وإن لم يتصرف.

فلو أراد الرجوع في عينه لم يكن له ذلك إلا بعد انتهاء المدة المحدودة للانتفاع بالشرط أو العادة.

وكذلك لو طلب العوض عنه. فلو قيل: المقترض ماذا يؤدي[4]؟ قلنا: المثل في المثليات، وفي ذوات القيم، للحديث: «استقرض رسول الله ﷺ بَكْراً وردَّ بازلاً»[5].

---

(١) في الأصل: بياض مكان: لم يجز.

(٢) العامل: سقطت من الأصل.

(٣) س: فإن لم يشغل.

(٤) س: ماذا يرد.

(٥) البازل: هو البعير الذي استكمل السنة الثامنة ودخل في التاسعة وفطرنا به، وكذلك الأنثى بغيرها، وهو أقصى أسنان البعير. (اللسان: بزل).

وفي معنى الحديث ما أخرجه ابن ماجة عن العرباض بن سارية قال: كنت عند النبي ﷺ، فقال أعرابي: أقضني بكري. فأعطاه بعيراً مسناً، فقال الأعرابي: يا رسول الله هذا أسنّ من بعيري، فقال رسول الله ﷺ: «خير الناس خيرهم قضاء». (السنن: ٢/ ٧٦٧. كتاب التجارات، باب السلم في الحيوان).

خاتمة

بذكر المقاصة في الديون

والمعتبر في أنواع المقاصة جنس الدينين في تساويهما واختلافهما وسببهما: كونهما سلماً أو قرضاً[1]، أو أحدهما من سلم والآخر من قرض، وأجلهما في الاتفاق والاختلاف والحلول في أحدهما أو كليهما أو عدمه.

ومما تنبني عليه أحكام المقاصة أيضاً أن المؤجل من الديون إذا وقعت المعاوضة [عنه][2] هل يعد كالحالّ أو يجعل من هو في ذمته كالمسلف منها ليأخذ منها إذا حل الأجل؟.

ومنها أن الصور إذا تصور فيها[3] مبيح وقصد إلى التعامل عليه، ويتصور مانع / هل يُعطى الحكم للمبيح أو للمانع؟. [٣٦/أ]

وعليه اختلاف ابن القاسم وأشهب إذا كان الطعامان من سلم واتفقت الآجال ورؤوس الأموال: هل تجوز المقاصة وتعدّ إقالة؟ وهو مذهب أشهب[4]، أو تمنع وتعد بيع الطعام قبل قبضه؟ وهو مذهب ابن القاسم.

---

(١) س: في كونهما من سلم أو قرض.

(٢) عنه: سقطت من الأصل.

(٣) في الأصل: منها.

(٤) في الأصل: بياض مكان أشهب.

وعلى ما قدمنا[1] تجري أحكام المقاصة بالديون.

وقد جمعت المقاصة المشاركة والمعاوضة والحوالة وما يقع فيها من الخلاف، فالجواز تغليب للمشاركة، والمنع تغليب للمعاوضة أو الحوالة[2]، ومتى قويت التهمة وقع المنع، ومتى فقدت فالجواز، وإن وجدت ضعيفة، فالقولان على ما تقدم من مراعاة التهم البعيدة.

ولنبيّن ما أجملناه من أحكامها بتفصيل ذكَرَه بعض المتأخرين واستوفى الكلام عليه، فلنورد ما ذكره، ونبدأ بحكم الدينين إذا كانا عيناً من بيع فنقول: إن تساويا صفة ومقداراً وحلّ الأجلان أو كانا حالّين فلا خلاف في الجواز، إذ لا يتصور هاهنا منع بوجه. وإن اختلفت الصفة والوزن، أو اختلف الوزن، وإن اتفقت الصفة فلا يختلف في المنع، إذ هو بدل العين بأكثر منه.

وإن اختلفت الصفة والنوع واحد أو مختلف، فإن حلّ الأجلان أو كانا حالّين جاز أيضاً، إلا على القول بمنع صرف ما في الذمة، فينبغي أن يمنع هذا.

وإن لم يحل الأجلان منع على المشهور من المذهب، إذ يقدر المعطي الآن كالمسلف من ذمته ليأخذ منها، فيصير صرفاً أو بدلاً مستأخراً، ويجوز على رأي القاضي أبي إسحاق المقدر لذلك بالحلول.

وإن اتفق العينان صفة ومقداراً ولم يحلّ أحدهما [أو حلّ أحدهما][3] والأجلان مختلفان أو متفقان، فابن القاسم يجيزه وساعده ابن نافع إذا حلا أو حل أحدهما، ومنع إذا لم يحل واحد منهما، اتفق الأجل أو اختلف.

---

(١) س: وعلى ما قدمناه.

(٢) س: والحوالة.

(٣) أو حل أحدهما: ساقط من الأصل.

وروى أشهب عن مالك أنه منع إذا اختلف الأجل، ووقف إذا اتفق.

وقول ابن نافع أجرى على المشهور، إذا عد المؤجل على حالته، لكن إذا حلّ أحدهما عد حوالة، إذ تجوز فيما حل بما لم يحل.

وكان ابن القاسم لاحظ تساوي الديون وعدم الضمان في العين، وكل واحد منهما له التعجيل، والتفت إلى بعد التهمة فأجاز.

وقال أبو الحسن اللخمي: إذا كان أحد الدينين أجود وحلّ الأجلان أو حل الأجود منهما أو لم يحلا وكان الأجود أوّلهما حلولاً جازت المقاصة، وإن حل الأدنى أو كان هو أولهما حلولاً لم تجز ودخل[1] ضع وتعجل.

قال: وكذلك إن كان أحدهما أكثر عدداً، فتتاركا على أن لا يطلب صاحب الفضل تجوز المقاصة حسبما تقدم في الأجود.

قال: وهذا الذي ذكره في الجودة إن بناه على رأي القاضي أبي إسحاق فهو صحيح. وأما المشهور من المذهب فالجاري عليه ما قدمناه.

وأما ما ذكره من اختلاف العدد فلا ينبغي أن يختلف في منعه لما ذكرناه من أنه بادله[2] بتفاضل مع ما يدخل ذلك من التراخي على المشهور إذا لم يحلّ الأجلان أو لم يحلّ أحدهما.

وإن كانا من قرض فإن اتفقا صفة ومقداراً وحلّ الأجلان أو أحدهما فلا شك في الجواز، وإن لم يحلا فالمنصوص الجواز أيضاً، وقد يجري على رأي ابن نافع.

---

(١) س: ودخله.

(٢) س: مبادلة.

وما روى أشهب عن مالك: المنع.

وإن اختلفت صفتهما والوزن واحد واختلف نوعها فعلى ما قدمناه. وإن حلّ أجلهما أو كانا حالين جاز. وإن لم يحلا لم يجز. قاله أبو القاسم بن محرز وغيره، وهو جار على المشهور من المذهب على رأي القاضي أبي إسحاق.

وكذلك هذا إذ كان أحدهما من قرض والآخر من بيع.

وإن اختلف الوزن، فإن كان يسيراً جازت المقاصة، لأنه زيادة من أحدهما، وزيادة اليسير في قضاء القرض جائزة.

وإن كثرت جرى الخلاف في الزيادة في الوزن أو العدد إذا كثرت هل يجوز في القرض أم لا؟.

وقال أبو الحسن اللخمي: إذا كانا من قرض جازت المقاصة إذا كان أكثرهما أوّلهما قرضاً، وإن كان الأكثر آخرهما منع عند ابن القاسم، واتّهم على سلف بزيادة.

وأجازه ابن حبيب وغيره، وهذا يجري على قانون المذهب.

قال: وإن حلّ أحدهما وهو الأقل، أو لم يحلّ واحد منهما لكن كان أقلّهما أوّلهما (حلولاً لم تجز المقاصة وإن حلّ الأكثر أو كان أولهما حلولاً أولهما)[1] قرضاً جاز، وإلا لم يجز.

قال: فإن استوى الأجل جاز ما لم يكن الأكثر آخرهما قرضاً.

وهذا الذي قاله هو بناء على ما سلكه إذا كانا من بيع، وقد قدمنا ما فيه.

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

قال أبو الحسن: وإذا كان أحد الدينين دنانير والآخر دراهم جازت المقاصة إن حل الأجلان، وأجراه إذا لم يحلا أو لم يحلّ أحدهما على الخلاف في حكم المؤجل.

وأما إن كان الدينان / طعاماً من بيع، فإن اختلف الطعامان أو [٣٦/ب] رؤوس الأموال[1] لم يجز، وإن اتحد جنسهما واتفقت رؤوس أموالهما، فإن كانت الآجال مختلفة لم يجز أيضاً، وإن اتفق الأجلان فقولان:

منع ابن القاسم وأجاز[2] أشهب. وهو على ما قدمناه من النظر إلى معنى الإقالة فتجوز، أو إلى صورة المبايعة ويتّهمان على أن يكونا تعاملا على بيع الطعام بالطعام نسيئة، وعلى بيع الطعام قبل استيفائه فيمنع وإن حلت الآجال لاختلاف الأحوال في الذمم.

والذي قلناه من المنع إذا اختلف الأجلان فهو جار على منصوص المذهب.

وأما على ما قاله القاضي أبو إسحاق في إسقاط التأجيل فيجوز.

وإن كان الطعامان جميعاً من قرض جازت المقاصة إذا اتفقا، حلت الآجال أو لم تحل.

وإن كان أحدهما من قرض والآخر من بيع، فإن حل الأجلان جازت وإن لم يحلا أو حل أحدهما فثلاثة أقوال:

- المنع وهو مذهب ابن القاسم.

- والجواز وهو مذهب أشهب.

- والتفرقة بين أن يحل السلم فيجوز، أو يحلّ القرض ولا يحل السلم فيمتنع.

---

(١) في الأصل: الطعام في رؤوس الأموال.

(٢) س: وأجازه.

والجواز نظراً إلى حقيقة الإقالة[1]، والمنع نظراً إلى صورة المبايعة، واختلاف الأجلين في الحلول أو عدم حلولهما يقتضي اختلاف الأثمان، والذمم أيضاً تختلف.

والتفرقة لأن الأجل في السلم مستحق من الجهتين: جهة البائع وجهة المشتري، فهو مقصود وله قسط من الثمن، والأجل في القرض منفعة من جهة المعطي لا من جهة الآخذ فكان غير مقصود ولا له قسط من الثمن.

وأما إن كان الدينان عَرضين، فإن استويا في الجنس والصفة فالمقاصة بينهما جائزة على الإطلاق، من غير التفات إلى تماثل الآجال أو اختلافهما، ولا إلى تساوي الأسباب أو تباينها، وهذا لأنه لا غرض هاهنا يقتضي التهمة على القصد إلى الوقوع في بعض المحرمات التي تقدم ذكرها، لكون المتاركة هاهنا والمباراة لا يظهر فيها قصد إلى المكايسة والمغابنة في التعاوض.

وأما إن اختلفا في الصفة مع اتفاقهما في الجنسية، فإن اتفق أجلهما جازت المقاصة، لأن اتفاق الأجل تضعف معه التهمة بالقصد إلى التكايس.

وأما إن اختلفت الآجال ولم يحلا فالالتفات هاهنا إلى تنوع الأسباب، فإن كان الدينان من مبايعة منعت المقاصة إذا كان أحد الدينين أجود من الآخر لأنا نمنع في العرض[2] إذا كان ديناً مؤجلاً أن يعجل ما هو أدنى منه لأن ذلك: ضع وتعجل، أو يعجل ما هو أجود منه لأن ذلك معاوضة على طرح الضمان.

وكذلك إذا كانا من قرضين، فإن أحدهما إذا كان أجود من الآخر صار مَن قَبِل الأدنى من حقه رَضِي بتعجيل بعض حقه وإسقاط باقيه.

---

(١) س: إلى الحقيقة في الإقالة. (٢) س: القرض.

وإن كانا مختلفي الأسباب أحدهما من بيع والآخر من قرض، فإن كان ما حل منهما أو ما هو أقرب حلولاً هو العرض[1] لم تجز المقاصة على حال، لأن الذي حل أو كان هو الأقرب حلولاً إن كان خيراً من المبيع فقد حط الضمان الذي يجب عليه في السلم بما بذله من زيادة القرض الذي له، وإن كان القرض الذي حل هو الأدنى فقد وضع من السلم الذي له على أن عجل له.

والضابط لهذا الباب أن ما حلّ أو كان أقرب حلولاً كالمقبوض المدفوع عن الدين الآخر الذي يتأخر حلوله، فيعتبر هل يوقع في أحد هذين الوجهين الممنوعين، فيمنع منه أو لا يوقع [في][2] أحدهما؟.

وقد علمت أن ما كان من العروض سلماً في الذمة يمتنع تعجيل ما هو أجود في الصفة أو أدنى، وما كان قرضاً يمنع من تعجيل ما هو أدنى منه في الصفة لما يتصور فيه من ضع وتعجل، إذ لا يلزم من عليه القرض أن يعجله قبل أجله إلا برضاه ولا يمنع تعجيل ما هو أجود منه في الصفة لكون من عليه القرض له أن يعجل، وإن كره ذلك من هو له. ويعتبر أيضاً في القرض وجه آخر، وهو كونه قد زيد في عدده عن أصل القرض، وقد قدمنا أن قضاء القرض لا تمنع فيه الزيادة في وجوه الصفات، وتمنع فيه الزيادة في العدد في المشهور من المذهب.

وإن استعملت هذه الوجوه التي عددناها في المقاصة بالدينين اللذين حلا أو لم يحلا أو أحدهما أقرب حلولاً أو حل أحدهما دون الآخر وهما قرضان أو بيعان أو أحدهما قرض والآخر بيع لم تحل مسألة من هذه الأقسام، باعتبار ما نبهنا عليه مما يمنع أو يجوز.

---

(١) س: القرض.

(٢) في: سقطت من الأصل.

/ بسم الله الرحمن الرحيم [٣٧/ أ]

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم، وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

كتاب الرهن

ومعناه: احتباس العين وثيقة بالحق، ليُستوفَى الحق من ثمنها أو من ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم.

وفيه أربعة أبواب:

الباب الأول

في أركانه

وهي أربعة: المرهون، والمرهون به، وصيغة الرهن، والعاقد[1].

الركن الأول: المرهون.

وشرطه[2] أن يكون مما يمكن أن يستوفى منه أو من ثمنه أو من ثمن منافعه الدين الذي رُهِن فيه أو بعضه.

ولا يشترط أن يكون عيناً، فيصح رهن الدين ممن هو عليه، ومن غيره.

ولا يشترط فيه الإبراز، بل يصح رهن المشاع ثم قبضه بحوز

(١) في الأصل: والراهن.

(٢) س: وشروطه.

الجميع إن كان الباقي للراهن، فإن كان لغيره فبحلوله محل الراهن ويجوز جعله على يد الشريك.

ولا يشترط أن يكون مما يصح بيعه في الحال فيصح رهن الثمار قبل بدوّ صلاحها، وإنه[1] احتيج إلى بيعها بيعت[2] بعد بدو الصلاح، فإن مات الراهن قبل بدو الصلاح فقد حلّ الدين، فإن ترك ما يُوَفّى منه الدين وُفِيّ منه وسلم الرهن للورثة، وإن لم يترك مالاً سوى الرهن انتظر به بدوّ الصلاح، فيباع في الدين. وكذلك إن ترك مالاً لا يفي بالدين فإنه يقبضه في دينه، وينتظر بالرهن بدو الصلاح، فيباع لاستيفاء بقية الدين من ثمنه، وما فضل أخذه الورثة، فإن كان على الراهن ديون ومعه من المال ما لا يفي بها فقام الغرماء في الموت أو الفلس فإن المرتهن يحاصّهم بجملة دينِه، فما نابه في الحصاص أخذه، وبقي الرهن بيده إلى أن يبدأ صلاحه فيباع، فإن وَفّى ثمنُه الدينَ ردّ ما أخذ في الحصاص، وإن فضل ثمنه عن الدين رد الفضلة مع ما أخذ في الحصص، فإن نقص ثمنه عن الدين فمقدار النقص هو الذي كان يستحق الحصاص به، فما كان ينوبه لو حاصص به خاصة أخذه من جملة ما حصل له في الحصاص بجملة الدين، ثم رد باقيه فيحاصُّ فيه هو وسائر الغرماء بما بقي له ولهم[3].

ويجوز رهن غلة الولد والغلام، ويجوز رهن الأم دون ولدها، ويباع ولدها الصغير معها، ويكون المرتهن أولى بما يخصها[4] من الثمن، وهو في الفاضل أسوة.

وكذلك رهنه دونها، إلا أنها تكون مع الصغير عند المرتهن ليتمّ رهنه.

---

(١) في الأصل: وإذا.

(٢) في الأصل: فبيعت.

(٣) في الأصل: بما بقي لهم.

(٤) س: بما يحصلها.

وقيل: لا يرهن حتى يبلغ حد التفرقة، إلا أن ترهن معه أمه.

ورهن ما لا يُعرف بعينه من الدنانير والدراهم والفلوس وكل ما يكال أو يوزن جائز إن طبع عليه، وإلا فلا.

ويجوز رهن الحُلِيّ وإن لم يطبع عليه.

وقال أشهب: لا أحب ارتهان الدنانير والدراهم والفلوس إلا مطبوعة للتهمة في سلفها، فإن لم تطبع لم يفسد الرهن ولا البيع، ويستقبل طبعها إن عثر على ذلك. وأما على يد أمين فلا تطبع.

ولم ير ذلك في الطعام ولا الأدام، ولا ما لا يعرف بعينه. وفرق بأن النفع في العين أبقى وأمكن.

قال: وإنما هو موضع تهمة، فما قوي منها أبين فيما تبقى.

ويجوز رهن المدبّر، ويُستوفى الدين من خراجه، وإن تأخر الوفاء إلى موت السيد بيع في الدين كله أو بعضه.

ويجوز رهن العبد الآبق والبعير الشارد إن قبض قبل موت صاحبه، وقبل فلسه.

ومنع في الكتاب رهن الجنين.

وأجازه ابن ميسر.

قال أبو الحسن اللخمي: وهذا إذا كان في أصل عقد البيع.

ومنع في الكتاب[1] من رهن جلود الميتة وإن دبغت. قال: إذ لا يحل بيعها أبداً.

وأجاز فيه رهن جلود السباع المذكاة، وبيعها وإن لم تدبغ.

---

(١) المدونة: ٥/ ٣٣١، كتاب الرهن، فيمن رهن جلود السباع والميتة.

وعلى الرواية التي قال بها ابن وهب[1]: إن جلود الميتة تطهر بالدباغ ويجوز بيعها إذا دبغت يجوز رهنها.

ولا يرتهن[2] من الذمي خمر ولا خنزير.

ولا يشترط أن يكون المرهون ملكاً للراهن، بل يجوز أن يستعير ليرهن، ثم إن استوفى الدين من ثمن المرهون المعار فقال ابن القاسم: يرجع المعير على المستعير بقيمة المرهون.

وقال أشهب: إنما يرجع عليه بما أدى عنه من ثمنه.

ولو فضلت عن الدين[3] فضلة بعد قضاء السلطان بالبيع والوفاء فأوقفها[4] فضاعت، فذلك من ربها وليس على المستعير إلا ما قضي عنه[5].

[٣٧/ ب] قال يحيى: كلام أشهب / أحبُّ إليّ.

قال ابن القاسم: ولو هلك في يد المرتهن لأتبع المعير المستعير بقيمته إن كان مما يغاب عليه وقاصّ المستعير المرتهن. فإن كان مما يغاب عليه فلا ضمان على المرتهن ولا على المستعير.

ولو أعرته عبداً ليرهنه في دراهم فرهنه في طعام، فهو ضامن له لتعدِّيه.

قال أشهب: لا ضمان عليه في العبد، ويكون رهناً في عدد الدراهم التي رضي بها ربه.

---

(١) س: ابن حبيب.
(٢) س: ولا يجوز أن يرتهن.
(٣) في الأصل: على الدين.
(٤) س: فإن وقفها.
(٥) عنه: سقطت من س.

فـــرع:

لو اشترط منفعة الرهن أجلاً مسمى جاز في البيع دون القرض[1].

ونص في الكتاب[2] على كراهية ذلك في الثياب والحيوان، إذ لا يدري كيف يرجع إليه.

قال ابن القاسم: وأنا لا أرى به بأساً كالإجارة، وهذه إجارة وبيع.

قال في الكتاب[3]: ولا بأس برهن المصحف، ولا يقرأ فيه، وإن أباحه له بعد السلف أو في أصله فذلك سواء، وكذلك لو رهنه إياه من بيع.

قال أشهب: أما في أصل البيع فجائز بأجل، وأما بعد العقد فلا يجوز.

الـركـن الثـانـي: المرهـــون بـــه.

ولـــه شـــرطـــان:

الأول: أن يكون ديناً في الذمة يمكن استيفاؤه من الرهن، فلا رهن بعين مشار إليها ولا بمنافع معينة إذ لا يمكن استيفاؤها منه، وإنما الرهن بما يتعلق بالذمة[4] من ذلك، وحيث وقع في ألفاظ المذهب إضافته إلى عين مشار إليها فالمراد به أنه رهن بقيمة العين، كما ذكر في

---

(١) علل هذا المنع في المدونة، بأنه يصير سلفاً جر منفعة.

(٢) المدونة: ٥/ ٣١٧، كتاب الرهن، في اشتراط المرتهن الانتفاع بالرهن وإجارة الرجل نفسه فيما لا يحل.

(٣) المدونة: ٥/ ٣١٨. كتاب الرهن، في الرجل يرهن دنانير أو دراهم أو فلوساً أو طعاماً أو مصحفاً.

(٤) س: في الذمة.

العارية. وفصّل فيهما بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه لضمان القيمة فيما يغاب عليه دون ما لا يغاب عليه.

الشرط الثاني: أن يكون لازماً أو صار إلى اللزوم بعد أن لم يكن لازماً، كالجعل بعد العمل.

فأما ما كان في أصله غير لازم ولا مصير له إلى اللزوم كنجوم الكتابة فلا رهن به.

وليس من شرط الدين أن يكون ثابتاً قبل الرهن به ولا مقارناً [له](1). بل لو قال: رهنت عندك عبدي هذا على أن تقرضني غداً ألف درهم أو على أن تبيعني هذا الثوب، ثم استقرض أو ابتاع فإن الرهن يلزم، ويجب تسليمه إليه، وإن كان قد أقبضه إياه في الحين صار بذلك القبض رهناً.

ولا يشترط في الدين أن لا يكون به رهن، بل تجوز الزيادة في قدر المرهون بدين واحد، وتجوز الزيادة في الدين على مرهون واحد، ويجوز مِن غير مَن هو مرتهنه.

قال ابن القاسم: وإذا رهنك فضلة رهن له عند غيرك فإن رضي المرتهن الأول جاز وتمّ الحوز الثاني وأدّى الأول عليه، وإن لم يرض الأوّل لم يجز.

وقال أصبغ: لا يحتاج إلى رضاه، ولكن إذا علم جاز وإن كره، لأنّ بعلمه يتمّ الحوز(2) للثاني. ولا حجة له، إذ لا مضرة عليه لأنه مبدأ قبل غيره.

---

(1) له: سقطت من الأصل.

(2) س: الجواز، وهو تصحيف.

الركن الثالث: الصيغة وشرطها وموجبها.

ولا يتعيّن لفظ الإيجاب والقبول فيها، بل يقوم مقامه كل ما شاركه في الدلالة على المفهوم منه.

في الركن مسائل:

الأولى: كل شرط يوافق مقتضى العقد كقوله: بشرط أن يباع في الدين أو يقبض فلا يقدح في العقد.

وكذلك كل شرط لا يتعلق به غرض أصلاً.

فأما كل شرط يناقض مقتضاه أو يغيّر موجبه كقوله: بشرط ألّا يقبض أو لا يباع في الحق، فهو مفسد.

ولو شرط ما لا يقتضيه مطلق العقد ولا يناقضه لكن يتعلق به غرض كقوله: بشرط أن ينتفع به المرتهن لم يصحّ في القرض ويصحّ في غيره إذا عيّن المنفعة وحدّد زمنها كما في الإجارة على التفصيل والخلاف المتقدم.

المسألة الثانية: إذا قال: رهنتك الأشجار بشرط أن تحدث الثمار مرهونة، صحّ الشرط ولزم.

الثالثة[1]: لو شرط عليه[2] رهناً في بيع فاسد فظن لزوم الوفاء به فرهن[3]، فله الرجوع عنه، كما لو ظن أن عليه ديناً فأداه، ثم تبيّن أن لا دين، فإنه مسترد.

ولو قال له: أقرضتك هذه الألف بشرط أن ترهن به وبالألف

(١) س: المسألة الثالثة.

(٢) عليه: سقطت من س.

(٣) س: فرهن له.

القديم الذي لي عليك شيئاً فالقرض فاسد، فإن جهل ذلك حتى قام الغرماء فلا يكون رهناً إلا بالسلف الثاني[1]، ولا يكون الرهن في شيء[2] من السلف الأول، لأنه سلف جر منفعة، قاله ابن القاسم.

الرابعة[3]: إذا رهنه أرضاً فيها نخل، ولم يسمّ النخل في الرهن، فقال ابن القاسم في الكتاب[4]: قال مالك في رجل أوصى لرجل بأصل نخل، فقال الورثة: إنه / أوصى لك بالنخل والأرض لنا فقال مالك: [٣٨/أ] الأصل من الأرض والأرض من الأصل، وكذلك في الرهن إذا رهنه الأصل فالأرض مع الأصل، وإذا رهنه الأرض فالنخل مع الأرض، قال: ومما يبين ذلك[5] لو أن رجلاً اشترى نخلاً من رجل أن الأرض مع النخل.

الخامسة[6]: إن الثمار لا تندرج في رهن الأشجار، كانت فيها يوم ارتهنت قد أزهت أو لم تزه، أُبِّرت أو لم تؤبّر، أو لم تكن فيها، لا تدخل في الرهن بوجه إلا بالشرط.

ويندرج الجنين، كان حملاً عند الرهن أو حمل به بعد ذلك، ولو شرط في الجنين ألا يكون رهناً مع أمه لم يجزه.

واختلف في الصوف المستجز على ظهور الحيوان، فرآه ابن القاسم مندرجاً.

وقال أشهب: لا يندرج.

---

(١) الثاني: سقطت من س.

(٢) في شيء: سقطت من س.

(٣) س: المسألة الرابعة.

(٤) المدونة: ٥/ ٣٣٤. كتاب الرهن، فيمن ارتهن زرعاً لم يبد صلاحه أو نخلاً ببئرهما، فانهارت البئر.

(٥) س: لك ذلك.

(٦) س: المسألة الخامسة.

الركن الرابع: العاقد.

ويصح الرهن ممن يصح منه البيع، فلا يرهن المحجور عليه. والمكاتب والمأذون له يرهنان ويرتهنان[1] ولا يرهن أحد الوصيين إلا بإذن صاحبه، فإن اختلفا نظر الإمام.

(١) في الأصل: أن يرهنا ويرتهنا.

الباب الثاني

في القبض والطوارئ بعده[1]

أما القبض فالنظر في صورته وحكمه.

أما صورته فهي الأعيان المشار إليها كالمنقول والعقار، كما ذكر في البيع. وأما في الدين فيتسلّم ذكر الحق والإشهاد والجمع بين الغريمين إن كان على غير المرتهن، ويكفي الاقتصار على الجمع بينهما والإشهاد إن لم يكن ذكر حق ويتقدم إليه بحضرة البينة أن لا يقبضه إياه، حتى يصل إلى حقه.

وإن كان الدين على المرتهن فهو قابض له.

ويجوز للمرتهن أن يستنيب غيره في القبض، إلا عبد الراهن ومستولدته وولده الصغير، لأن يد كل هؤلاء يد الراهن.

ويجوز أن يستنيب مكاتب الراهن دون عبده المأذون وغيره.

وأما حكم القبض فليس يشترط في انعقاد الرهن وصحته، ولا في لزومه، بل ينعقد ويصح ويلزم، ثم يطلب المرتهن الإقباض ويجبر الراهن عليه، لكن يشترط القبض[2] في استقرار الفائدة وتمام الوثيقة ليكون بقبضه أولى من الغرماء عند الفلس والموت.

---

(١) س: قبله وبعد هذه الكلمة في الأصل عبارة: (فاعلم).

(٢) أ: في القبض.

والعقود قد تنعقد وتصح ويقف بعض أحكامها على أمر في المستقبل، ألا ترى أن بيع الخيار يصح ويقف نقل الملك على انقضاء الخيار، وكذلك بيع البتّ يلزم، ثم يقف انتقال الضمان عند المخالف على القبض، وكذلك صحة تحمل الشهادة على وجود العدالة وثمرتها وهي الانتفاع بأدائها يقف على وجودها. وبالجملة فهو كشرط في حكم الاختصاص به عن بقية الغرماء عند المزاحمة لا في حكم السبب المذكور. فإن ترك القبض وتراخى في طلبه حتى وجد الفلس أو الموت فات الحكم المذكور، وكان أسوة الغرماء في الرهن. فأما لو كان مُجدًّا في الطلب [لكن عجز عن القبض][1] مع استمرار الطلب والقيام به[2] فيه حتى قام الغرماء، فظاهر الكتاب أنه يكون أسوة، فإنه أطلق الجواب فيه[3].

وقال القاضي أبو محمد: حق الرهن ثابت له.

فــروع:

الأول: إن القبض المشترط هو القبض المستدام، فلو قبضه ثم أعاده إلى الراهن اختياراً بأي وجه كان بطل الحوز، فإن قام المرتهن يريد ردّ ذلك، ليعود له الحوز، فقد روى محمد وابن عبدوس عن أشهب: له ذلك إلا أن يفوت بتحبيس أو عتق أو تدبير أو غيره أو قيام غرمائه.

وقال ابن القاسم: إلا في العارية، إلا أن يكون أعاره على ذلك.

وقاله أشهب في كتاب محمد في العارية.

---

(١) لكن عجز عن القبض: ساقط من الأصل.

(٢) به: سقطت من أ.

(٣) المدونة: ٥/ ٢٩٦. كتاب الرهن، فيمن ارتهن رهناً فلم يقبضه حتى قام الغرماء على الراهن، وفي رهن مشاع غير مقسوم من العروض والحيوان.

وقال بعض القرويين: إنما فرق ابن القاسم بينهما إذا كانت العارية غير مؤجلة، وليس له ارتجاع الرهن بعد أن يعيره، إلا أن يعيره على ذلك.

ولو كانت العارية مؤجلة، لكان له أن يأخذ الرهن بعد الأجل كالإجارة.

الفـرع الثانـي: في القبض المشترط.

هل من شرط صحته أن يكون للرهن أم لا؟.

ففي كتاب محمد من رواية ابن القاسم، فيمن اكترى داراً أو عبداً سنة أو أخذ حائطاً مساقاة، ثم ارتهن شيئاً من ذلك قبل تمام السنة، فلا يكون محرزاً للرهن، لأنه يجوز[1] قبل ذلك بوجه آخر.

وفي المجموعة، قال سحنون: ومذهب ابن القاسم: أنه يجوز أن / يرتهن الرجل ما في يديه بإجارة أو مساقاة، ويكون ذلك حيازة [٣٨/ب] للمرتهن، كالذي يخدم العبد، ثم يتصدق به على آخر فحوز المخدم حوز للمتصدق عليه، ولا يبطل الحوز خروجه عن يده بغلبة.

ويجوز أن يجعل الرهن على يد أمين يرضى به الراهن والمرتهن.

الفـرع الثالث: في إثبات الحوز المشترط[2].

ولا يكفي في ثبوت حيازته الاتفاق على الإقرار بذلك حتى تشهد البينة بمعاينته، لأن حق الغير متعلق به حين الحاجة إلى الحكم بكونه رهناً بعد موت الراهن أو فلسه ووقت حق تعلق الغرماء به.

وأما غير ذلك فلا حاجة بهما إلى الإثبات، ولا يمتنع عليهما تصحيحه بكل وجه.

---

(١) س: لأنه محرز.

(٢) س: للمشترط.

ولو مات الراهن أو فلس ووجد الرهن بيد المرتهن أو بيد الأمين الموضوع على يده، ففي الموازية والمجموعة: عبد الملك لا ينفع ذلك حتى تعلم البينة أنه حازه قبل الموت أو الفلس.

قال محمد: صوابه لا ينفعه إلا معاينة الحوز لهذا الارتهان.

قال القاضي أبو الوليد: وعندي لو ثبت أنه وجده بيده قبل الموت والفلس، ثم أفلس الراهن أو مات لوجب أن يحكم له بحكم الرهن.

قال: ولعله أن يكون هذا معنى قول محمد: لا ينفعه إلا معاينة الحوز، بمعنى كون الرهن بيده في وقت يصحّ فيه الحوز. وظاهر اللفظ يقتضي أن لا ينفع هذا حتى يعاين تسليم الرهن إلى المرتهن على هذا الوجه.

قال: وجه محتمل.

أما الطوارىء قبل القبض، فقال في كتاب محمد: إذا تعدّى الراهن، فباع الرهن قبل أن يقبضه المرتهن، فالبيع نافذ[1] وإن قرب، فات أو لم يفت. ولا يحل الحق، والثمن للراهن يأخذه، ولا يعجل للمرتهن حقه، ويوضع له رهن مكانه، ولا ينقض ما بينهما من بيع أو سلف.

وقد كان للمرتهن لو لم يبع أن يقوم فيحوزه.

قال فيه: وتعدّيه في العتق كتعدّيه في البيع عند مالك قبل حوز المرتهن أو بعده، إن كان مليّاً.

وقاله ابن القاسم وأشهب.

وقال أشهب أيضاً في الكتابة والتدبير: للمرتهن أو يقبض رهنه ويكون محازاً وتكون الكتابة رهناً. ولا تكون خدمة المدبر رهناً معه إلا

---

(١) س: فاسد.

أن يشترطها، ثم كل ما حل نجم من الكتابة أخذه من دينه، فإن وفّى أو عجل الكتابة كان حرّاً.

وقال محمد: الكتابة مثل الخدمة لا تكون رهناً، إلا أن يشترطها في أصل الرهن.

قال أبو الحسن اللخمي: يريد فيأخذ السيد كل ما حل من نجومه، فإن أدّى عتق ولا شيء للمرتهن، وإن عجز كان رهناً.

وأما التدبير فإن حلّ الأجل، وهو معسر، لم يبع ويبقى موقوفاً في الرهن إلى موت الراهن، فيباع إن لم يخلف ما يوفي به الدين.

وإذا استلحق الراهن العبد الرهن أنه ابنه، ثم مات فإنه يلحق به، ويتبعه الطالب بحقه، وإن لم يكن له مال فليتبع ما عسى أن يطرأ له.

ولا ينفسخ الرهن بموت أحد المتعاقدين أو كليهما، ولا بجنونهما ولا بالحجر عليهما بالتبذير.

وينفسخ بانقلاب العصير خمراً، ولا يقبض وهو خمر، ولو انقلب إلى الخمرية بعد القبض لخرج عن كونه مرهوناً. [فإن عاد فلا عاد مرهوناً][1].

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

الباب الثالث

في حكم المرهون بعد القبض

وقد تقدم في حقيقة الرهن أنه احتباس العين وثيقة بالحق، وذلك بمنع الراهن من كل ما يقدح فيه.

والنظر الآن في أطراف ثلاثة:

الأول: جانب الراهن.

وهو ممنوع من كل تصرف يزيل الملك كالبيع والعتق والكتابة والتدبير وإيلاد الأمة.

قال ابن القاسم في الكتاب[1]: إن باع الراهن الرهن بغير أمر المرتهن فأجاز بيعه، تعجّل حقه، شاء الراهن أو أبى، وإن باعه بإذن المرتهن وقال: لم آذن لأسلم ثمنه، لكن أذنت له لإحياء الرهن، وما أشبه ذلك، حلف على ذلك، وأتى الراهن برهن يشبه الرهن الأول، وقيمته كقيمة الأول، وإن[2] لم يجد بقي الثمن رهناً.

قال الشيخ أبو محمد: يريد مطبوعاً عليه إن كان عيناً.

---

(١) المدونة: ٥/ ٢٩٥ـ ٢٩٩. كتاب الرهن، في بيع الراهن الرهن بغير أمر المرتهن أو بأمره.

(٢) س: فإن.

يريد الشيخ أبو محمد، إن أبقي بيد المرتهن، وأما إن أبقي بيد عدل فلا حاجة إلى الطبع عليه، ولا يتعجله هاهنا. وهذا إذا بيع بإذنه ولم يسلم من يده إلى المبتاع وأخذ منه الثمن، فأما لو أسلمه للراهن فباعه لخرج من الرهن.

قال محمد: وروي عن مالك أن الراهن إن باعه بمثل صفة الدين وبكفافه فأكثر، جاز لأن ذلك مرتهن، ولا / حجة ويتعجل حقه، إلا أن يبيعه بأقلّ من الدين أو بصنف مخالف للدين، فله أن يجيز أو يرد. [٣٩/أ] قال: وهذا هو الصواب.

قال ابن القاسم في الكتاب[٣]: وإن رهن عبداً ثم أعتقه أو كاتبه وهو بيد المرتهن، جاز ذلك إن كان مليّاً وعجل الدين.

وروى ابن وهب مثله في التدبير إذا عجل له حقه.

وروى محمد عن ابن القاسم: أنّه إن دبّره بقي رهناً مدبّراً[١].

قال محمد: والكتابة مثله.

وقال ابن القاسم وأشهب: الكتابة مثل العتق.

وروى ابن القاسم في الكتاب[٢]: إذا أعتقه قبل مَحِلّ الدين وهو موسر، فليس له أن يرهنه سواه حتى يحل الأجل، وليعجل له حقه، وإن أعتقه وهو عديم بقي رهناً، فإن أفاد ربه قبل الأجل مالاً ردّ الدين[٣] ونفذ العتق، وكذلك لو بذل العبد أو أجنبيّ الدين لنفذ العتق.

---

(١) المدونة: ٥/ ٣٢٧. كتاب الرهن، في الرجل يرهن أمته فيعتقها أو يكاتبها أو يدبرها أو يوطئها.

(٢) وروى محمد... مدبراً: زيادة من س.

(٣) المدونة: ٣٢٧/٥، كتاب الرهن، في الرجل يرهن أمته.

(٤) أ: ودّي الدين.

ولو بذل الراهن رهناً غيره إلى الأجل لم يلزم المرتهن قبوله ولم ينفذ العتق.

وحكم التعليق على الصفة في دوام الرهن حكم الإنشاء، فإن وجدت الصفة بعد فكاك الرهن نفذ.

فـــرع: لو استعار عبداً ليرهنه[1]، فرهنه ثم أعتقه المعير، فإن كان ملياً نفذ العتق، وقيل له: عجل الدين لربه إذْ أفسدت عليه رهنه، ثم يرجع بذلك على المستعير بعد محلّ الأجل. ويمنع الراهن أيضاً من وطء الأمة المرهونة، فإن فعل فحملت فالولد نسيب، ثم إن كان الوطء بإذن المرتهن أو كانت مخلاة تذهب وتجيء في حوائج المرتهن فوطئها الراهن بغير إذنه فولدت، فهي له أمّ ولد لا رهن للمرتهن فيها، وإن كان على وجه الغصب والنشوز عجل ربها الحق إن كان مليّاً وكانت له أم ولد، وإن لم يكن له مال بيعت، بعد الوضع، ولا يباع ولدها إذ هو نسيب على كل تقدير، فإن نقص ثمنها عن دينه أتبع به.

قال محمد: ولا تباع وإن وضعت حتى يحل أجل الدين.

قال أشهب: وإن وجدت من يبتاع منها بقدر الدين فعلت وأعتقت ما بقي، وإن لم يوجد استوفى إلى الأجل. فإن وجد أيضاً ذلك وإلا بيعت كلها، وقضى الدين وكان ما بقي لربها يصنع به ما شاء.

وروى أنها لا تخرج من الرهن حتى يطأها بإذنه.

قال سحنون: وطئها تسرّراً أو وطئها وقد أطلقها المرتهن في حوائجه، فهو سواء.

ولا يمكن الراهن من الانتفاع بالرهن مباشرة، مثل سكنى الدار أو إسكانها أو استخدام العبد أو استكسابه أو غير ذلك أصلاً. ولكن يتولى

---

(١) س: لرهنه.

ذلك المرتهن بإذن الراهن، فإن باشره الراهن بطل الرهن إن كانت المباشرة بإذن المرتهن.

الطرف الثاني: في جانب المرتهن.

وهو أن[1] يستحق إدامة اليد، ولا تزال يده إلا لأجل الانتفاع خوفاً من فوات منفعة مقصودة تقديماً لها على اليد التابعة[2] للحق، فإنها لا تراد إلا لحفظ محل الحق، ثم ترد إليه عند فراغ العمل. ولو شرط التعامل على يد ثالث يثق كل واحد منهما به جاز، ثم ليس للعدل تسليمه إلى أحدهما دون إذن الآخر. فإن فعل ضمن له، ولو تغير حاله لكان لكل واحد طلب التحويل إلى عدل آخر. فإن اختلفا في عدلين، فقال محمد بن عبد الحكم: يجعله القاضي على يد عدل.

قال أبو الحسن اللخمي: وليس بالبيّن. قال[3]: وأرى أن يقدم قول الراهن إذا دعا إلى ثقة لأنه ماله وهو نظر لنفسه في حفظه ومن يثق به. وإن قال أحدهما: يكون على يد عدل، وقال الآخر: يكون على يد المرتهن، كان القول قول من دعا إلى العدل.

وللمرتهن استحقاق البيع مقدماً على الغرماء عند حلول الدين إن لم يردّه الراهن من موضع آخر، ولكن لا يستقلّ به بل يرفع إلى القاضي حتى يطالب الراهن أو يكلفه البيع. فإن امتنع باعه عليه. ويستقلّ إذا أذن له عند الأجل، ولا يستقل به إذا كان مقدماً على زمن الحلول وحين البيع. فإن باع بالإذن المتقدم ردّ البيع ما لم يفت.

وقيل: إن أصاب وجه البيع نفذ.

---

(١) أن: سقطت من س.

(٢) في الأصل: على يد التابعة.

(٣) قال: ساقطة من س.

وروي: يمضي في الشيء التافه، ويرد فيما سواه.

وقيل: يمضي ويرد فيما سواه.

وقيل: يمضي إن لم يكن بالمكان سلطان، أو كان وعسر الوصول إليه.

ولو أذن الراهن للعدل وقت الرهن في البيع عند الأجل جاز.

ولو قال الراهن لمن على يده الرهن من مرتهن أو عدل: إن لم آت به إلى / أجل كذا فأنت مسلط على بيع الرهن، فلا يبيعه إلا بأمر [٣٩/ب] السلطان، فإن باعه بغير أمره نفذ.

وعلى الراهن مؤونة المرهون ونفقته من العبد والدابة، وعليه سقي الأشجار وكفن العبد إن مات ودفنه. فإن أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه أو بغير أمره رجع بما أنفق على الراهن، ولا يكون الرهن بذلك رهناً وإن أمره، ولا له حبْسُه بذلك. نعم لو قال له: أنفقْ على أن نفقتَك في الرهن، لكان له حبسه بها، إلا أن يقوم الغرماء، فلا يكون أحق منهم إلا بقدر الدين في الرهن، حتى يقول له: أنفق والرهن بما أنفقت رهن، فيكون أحق به في الدين والنفقة [من الغرماء][1].

قال: وأما المنفق في الضالة فهو أحق بها من الغرماء[2]، حتى يستوفي نفقته، إذ لا يقدر على صاحبها، فلا بد من النفقة عليها. والرهن يأخذ راهنه بنفقته، فإن غاب رفع إلى الإمام.

وقال أشهب: النفقة على الرهن كالنفقة على الضالة، وتكون فيه مبدأة.

---

(١) من الغرماء: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل اضطربت العبارة وما أثبتناه من س.

قال ابن القاسم: ومن ارتهن نخلاً ببئرها أو زرعاً أخضر ببئره، فانهارت فأبى الراهن أن يصلح، فأصلحها المرتهن لخوف هلاك الزرع أو النخل، فلا رجوع له بما أنفق على الراهن، ولكن يكون له ذلك في الزرع والنخل إذا أنفق خوف أن يهلك، يبدأ فيه بنفقته، فما فضل كان في دينه كالمساقي والمكتري الأرض للزرع سنين ينفق في مثل ذلك، فليس له ما زاد على كراء تلك السنة خاصة في الكراء، أو على حظ رب النخل من ثمرة تلك السنة.

ولو أخذ الراهن مالاً من أجنبي فأنفقه في ذلك، فالأجنبي أحق بمبلغ ذلك من ثمن الزرع من المرتهن،[وما فضل كان للمرتهن][1]، فإن لم يفضل للمرتهن شيء رجع بدينه على الراهن.

وروي عن ابن القاسم في غير الكتاب أن الراهن يجبر على أن يصلح إن كان مليّاً.

فإن قيل: هل ضمان المرهون من الراهن أو المرتهن؟. قلنا: ليس المرهون بأمانة محضة فيكون ضمانه على الإطلاق من مالكه، ولا هو مقبوض لمجرد منفعة قابضه فيكون ضمانه منه، وإذا أخذ شبهاً من الأمرين لم يثبت له حكم أحدهما على التجديد، بل نفصل فنقول: المرهون قسمان: أحدهما: ما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار ونحوهما، فهذا ضمانه من راهنه، ولا يضمنه المرتهن إلا أن يتعدّى، والقول قوله في تلفه إلا أن يظهر كذبه في دعوى التلف مثل أن يدعي هلاك الدابة في قرية يكون فيها أهل العدل ولم يعلم أحد منهم موتها. ولو قالوا: ماتت دابة ولا يعلم لمن هي قبل قوله: إنها هي، ويحلف على ذلك.

---

(١) وما فضل كان للمرتهن: ساقط من الأصل.

والقسم الثـانـي: ما يغاب عليه كالثياب والسلع ونحوها.

فهذه إن كانت في يد غير المرتهن بإذن الراهن فهي كالأولى، وإن كانت بيد المرتهن فلا يقبل قوله في هلاكها إلا ببينة على التلف، [فإن لم تقم بينة على التلف][1]، ضمن، وإن أقامها لم يضمن عند ابن القاسم في قوله وروايته. وهو قول عبد الملك وأصبغ ومحمد.

وضمّنه أشهب في قوله وروايته أيضاً.

ومأخذ القولين النظر إلى أنه متّهم فتزول التهمة عنه بالبينة، أو إلى أنه دخل على الضمـان فلا تبرّئه البينة منه.

فإن شرط فيما يغاب عليه ألا يضمنه، وأن يقبل قوله فيه، فهل يبطل شرطه ويضمن إن لم تقم بينة بالتلف، أو يصح ويصدَّق؟ قولان لابن القاسم وأشهب. وروى ابن القاسم قوله.

فنظر ابن القاسم إلى أنه شرط خلاف مقتضى الحكم فلا يصح ولا يفيد.

ونظر أشهب إلى أنه دخل على أنه لا يضمن فزالت العلة المقتضية للضمان عنده. والله أعلم.

أما تصرفات المرتهن فهو ممنوع من جميعها، وليس له الانتفاع أصلاً، فإن وطىء فهـو زان وعليه الحد، ولا يعذر إن قال: ظننت أنها تحلّ لي.

ثم هذه الأحكام تثبت في غير المرهون، فإن فاتت بالجناية عليـه

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

فأخذت منه القيمة، فقال ابن القاسم: إن جاء ربه برهن مثله أو بما فيه ثقة من الحق أخذ القيمة.

قال محمد: وبه أقول، إلا أني أقول: إن كانت القيمة دراهم أو دنانير، وحقه من نوعها عجل له، وإن كان على غير ذلك كانت القيمة رهناً بحقه إلى أجله.

ثم حيث عوض عن التالف برهن أو بالقيمة سرت أحكام الرهن إليه.

[٤٠/أ] / **الطرف الثالث: في غاية الرهن وما به انفكاكه.**

وهو حاصل بفسخ الرهن أو فوات عين المرهون إلى غير بدل، كفواته بآفة سمائية، وحيث يكون من راهنه، وما في معنى ذلك.

أما إذا جنى العبدُ الرهنُ وأسلمه الراهن والمرتهن فبيع في الجناية فإنه فات إلى غير بدل.

وينفك الرهن أيضاً بقضاء كل الدين. فإن قضى بعضه بقي كل المرهون مرهوناً ببقية الدين. ولذلك تقول: إذا رهن عبدين وسلم أحدهما كان مرهوناً بجملة الدين، وكذا لو تلف أحدهما لكان الباقي مرهوناً بكل الدين.

وإذا قال الراهن للمرتهن: بع المرهون لي واستوف الثمن لي، ثم استوف لنفسك، جاز استيفاؤه لنفسه، ولا يضرّ اتحاد القابض والمقبض.

الباب الرابع

في النزاع بين المتعاقدين

وهـو فـي أربعـة أمـور:

الأول: العقـد.

ومهما اختلف فيه فالقول قول الراهن، إذ الأصل عدمه.

وكذلك لو ادعى المرتهن أن مال العبد أو ثمـرة النخل رهن، وأنكره الراهن فالقـول قول الراهن أيضاً.

الثاني: فـي مقـدار الديـن.

والرهن كشاهد للمرتهن فيما يدعيه[1] إلى مبلغ قيمته، لأنه حازه وثيقة له. إلا أنه لا يشهد إلا على نفسه، لا على ذمة الراهن، ولذلك لا يشهد ما هلك في ضمان الراهن من الرهان، فإذا قال الراهن: الرهن بعشرة، وقال المرتهن: هو بعشـرين والرهن قائم بيده، فإن كانت قيمته عشرين فأكثر، حلف المرتهن أنه في عشرين وأخذه، إلا أن يفكه ربّه بها. وإن كانت قيمته عشرة فأقل حلف الراهن أنه في عشرة ولم يلزمه غيرها وأخذه[2]، إلا أن يفكه ربّه بها. فإن كانت قيمته خمسة عشر حلف المرتهن أنه على عشرين وحلف الراهن أنه على عشرة، وأخذ المرتهن الرهن، إلا أن يفكه الراهن بعشرين.

وقال محمد: له أن يحلف على مقدار قيمة الرهن خاصة.

---

(١) في الأصل: يدعي.

(٢) وأخذه إلا . . . وأخذه: ساقط من س.

واختلف إذا تنازعا أخذه بخمسة عشر فقال محمد بن عبدوس: إن شاء الراهن أن يعطيه ما ذكر المرتهن، وإلا بعته ودفعت له من ثمنه ما ذكر من ذلك.

وقال ابن القاسم في المستخرجة: إن كانت قيمته خمسة عشر [لم يكن للراهن أن يأخذه ويدفع خمسة عشر حتى يدفع العشرين ولو بذله له المرتهن بخمسة عشر][1] لم يجبر الراهن على أخذه إلا أن يرضى المرتهن بعشرة، وإلا بقي للمرتهن.

وقال ابن نافع: للراهن أخذه إن غرم خمسة عشر، إن شاء ذلك، ولا حجة للمرتهن.

فإن تلف الرهن بيد المرتهن، وكان ضامناً له، ثم اختلفا في مقدار الدين، فقيمة الرهن قائمة في الشهادة مقامه، فإن اختلفا فيها تواصفاه، فإن اتفقا في الصفة قوّمت، وإن اختلفا في الصفة كان القول فيها قول المرتهن مع يمينه.

فأما ما فات من الرهن غير مضمون على المرتهن كالذي لا يغاب عليه أو قامت على هلاكه[2] بينة مما يغاب عليه على قول ابن القاسم وروايته فلا شهادة له، إذ شهادته على نفسه لا على ذمة الراهن، كما تقدم.

وأمّا إن كان الرهن قائماً بيد أمين فهل يكون شاهداً لأنه باق على حكم الرهن ليستوفي[3] منه المرتهن حقه كالذي يكون على يده، أو لا يكون شاهداً لأنه غير مسلم إليه ولا هو مؤتمن عليه؟ قولان لمحمد وأصبغ.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٢) في الأصل: بهلاكه.

(٣) في الأصل: يستوفي.

فــرع:

قال ابن نافع: المعتبر في قيمة الرهن يوم الحكم إن كان باقياً، ويوم يقبضه[1] إن كان تالفاً.

ورواه عيسى عن ابن القاسم في المدنيّة.

قال القاضي أبو الوليد: وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم أن الرهن يضمن بقيمته يوم الضياع.

وقال في موضع آخر: يوم الرهن.

قال: فعلى قوله يضمن باعتبار قيمته يوم الضياع يجب أن يعتبر بتلك القيمة في مبلغ الدين.

الثالث: في جناية العبدِ الرهنِ.

وإذا اعترف به الراهن دون المرتهن، فإن كان مُعْدَماً لم يصدّق، وإن كان مليّاً خيّر بين أن يفتدي أو يسلمه، فإن فداه بقي رهناً، وإن أسلمه لم يكن له ذلك حتى يحلّ الأجل، فيدفع الدين ويسلم العبد بجريرته. فإن فلس قبل الأجل فالمرتهن أحق به من أهل الجناية. ولو ثبتت الجناية ببيّنة خيّر أيضاً، فإن فداه كان رهناً، وإن أسلمه خير المرتهن أيضاً فإن أسلمه كان لأهل / الجناية بماله قلّ أو كثر. [٤٠/ب]

وليس للمرتهن أن يؤدي من مال العبد الجناية ويبقى رهناً، إلا أن يشاء سيده. وإن فداه المرتهن بالأرش فقط لم يكن لسيده أخذه، حتى يدفع ما فداه به مع الدين، وإلا كان ما فداه به في رقبته دون ماله يبدأ على الدين، ولا يباع حتى يحلّ أجل الدينين.

وقال سحنون: يباع قبل الأجل، لأن الراهن أسلمه، فإن ساوت رقبته أقل مما فداه به لم يتبع السيد بما بقي وأتبعه بدينه الأول، وإن

(١) س: قبضه.

كان فيه فضل كان الفضل في رقبتِه في الدين. ولا يكون ماله رهناً بأرش الجناية ولا بالدين إذا لم يشترط في الدين أوَّلاً. وروي أنّه يدخل في الرَّهن بالأرش لا بالدّين[1].

فإن حل الأجل وللسيد غرماء فإنه يباع بماله، فإن كان ماله زاد فيه نصف هذا الذي بيع به مثلاً بدي بالجناية، وكان نصف ما بقي للمرتهن في دينه والنصف الآخر للغرماء يدخل فيه المرتهن أيضاً بما بقي له من الدين إن بقي له شيء.

قال أبو إسحاق التونسي: وهذا هو القياس، لأن المال والرقبة كانا مرهونين في الجناية، وقد فداهما[2] المرتهن [جميعاً، فيبدأ من جملة الثمن بهما. ولو فداه المرتهن][3] بإذن الراهن لأتبعه بجميع ما فداه به، وإن ناب على قيمة رقبته وبدينه الأول.

قال محمد: ثم لا يكون رهناً بما فداه به عند ابن القاسم وأشهب لأنه سلف.

وقال أيضاً: إذا ثبتت الجناية ببينة خيّر المرتهن بين أن يسلمه ويتبع الراهن بدينه أو يفتكه بزيادة درهم فأكثر على الجناية، ويتبع الراهن بدينه إلاّ قدر ما زاد على الجناية ويكون العبد للمرتهن رقّاً.

الرابع: فيما يفك الرهن به[4].

وفيه[5] فرعان:

الأول: فيما بين الراهن والمرتهن.

فإذا قال الراهن: ما سلمته من المال كان عن جهة الدين الذي به

---

(١) كذا في س.

(٢) في الأصل: فداه، س: فقد فداهما.

(٣) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٤) به: سقطت من الأصل.

(٥) س: وهو.

الرهن، فانفكّ الرهن، وادعى المرتهن أنه عن جهة غيره، فإن المال المقبوض يوزّع على الجهتين بعد أيمانهما.

وقال أشهب: هذا إذا تقارًا بالإبهام، وأما لو تداعيا البيان لكان القول قول المرتهن.

الفرع الثاني: فيما بين العدل والمرتهن.

فلو قال العدل الذي على يده الرهن: بعته بمائة ودفعته للمرتهن، وقال المرتهن: بل بخمسين، وهي التي دفعتها إليّ، لكان القول قول المرتهن مع يمينه أنه لم يقبض إلا خمسين، وكان على العدل غرم خمسين، ثم ينظر فإن قال المرتهن: لا أدري ما بعت به إلا من قولك، أخذ الخمسين الأخرى إن اغترقها دينه.

وإن قال: كنت حاضراً لبيعك له[1] بخمسين، فقال أشهب: لا يضمن الخمسين الباقية للمرتهن، لأنه أقرَّ بخمسين باع، ولكنه[2] يضمنها للراهن.

وقال أبو الحسن اللخمي: إذا ادعى حضوره البيع بخمسين، فهل يسوغ له أخذ الخمسين الأخرى أم تكون للغرماء دونه؟.

قال: ولا شيء[3] له فيها أصوب، والله عز وجل أعلم.

---

(١) في الأصل: لها.
(٢) س: ولكن.
(٣) س: وأن لا شيء.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم.

كتاب التفليس

والتماس الغرماء أو بعضهم الحجر بالديون الحالّة على المديان الزائدة على قدر ماله سبب لضرب الحجر عليه بدليل الحديث[1].

وأما الديون المؤجلة فلا حجر بها، إلا أن تحلّ عليه ديون تستغرق ما بيده ويطلبها أربابها، فيطلب المؤجلة ديونهم الحجر فلهم ذلك، لأنهم يقولون: أخليتم ذمته ولم يبق لنا ما نأخذُ منه ديوننا، وكذلك إن ظهر منه إتلاف يخاف معه ألا يجد عند الأجل قضاء، فيحجّر عليه ويحلّ دينه إلا أن يضمن له، أو يجد ثقة يتجر له فيه ويحال بينه وبينه.

ومتى حجر على المفلس حلت الديون المؤجلة عليه دون الديون المؤجلة له، والميت كالمفلس في ذلك كله.

---

(١) أخرج البيهقي عن عبد الرحمن بن كعب عن أبيه قال: كان معاذ بن جبل رضي الله عنه شاباً حليماً سمحاً من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئاً، فلم يزل يدَّان حتى غرق ماله كله في الدين، فأتى النبي ﷺ فكلم غرماءه، فلو تركوا أحداً من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ﷺ فباع لهم رسول الله ﷺ ـ يعني ماله ـ حتى قام معاذ بغير شيء. (السنن الكبرى، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه).

انظر: (طريق الرشد إلى تخريج أحاديث بداية ابن رشد: ٩٩ـ ١٠٠ رقم ١٢٦٧).

ولو قام الغرماء على الغريم فمكنهم من ماله فباعوه واقتسموه، ثم داين آخرين، فليس للأولين دخول فيما بيده، إلا أن يكون فيه فضل ربح، ويكون هذا بمنزلة تفليس السلطان، رواه ابن القاسم في العتبية.

ولو كان الغريم غائباً، فروى محمد عن ابن القاسم وأشهب في البعيد الغيبة لا يُعرَف مَلأه من عدمه: أنه يفلس / ويحل المؤجل من دينه. [٤١/أ]

قال ابن القاسم: وإن عرف ملأه لم يفلس، ولا يقضي إلا لمن حل دينه.

قال أشهب: بل يفلس، إذ لا يدرَى ما حدث عليه.

قال ابن القاسم: وأما القريب الغيبة على مثل الأيام، فليكتب في كشف أمره حتى يعلم[١] ملأه من عدمه، فيفلس أو لا يفلس.

[أحكام الحجر]

ثم للحجر أربعة أحكام:

الأول[٢]: منع التصرف في المال الموجود عند ضرب الحجر بوجوه التبرع كالعتق والهبة والوصية، والبيع بالمحاباة في معنى التبرع، أما ما كان منه من غير محاباة فهو موقوف على إجازة الغرماء.

واختلف في عتقه أمّ ولده فأمضاه ابن القاسم في الكتاب[٣].

ورده المغيرة في كتاب ابن سحنون وقال: ليس هو كطلاقه لزوجته، بل هي كرقيقة في ارتفاقه بها.

---

(١) س: حتى يعرف.

(٢) س: الحكم الأول.

(٣) المدونة: ٥/ ٢٣٩. كتاب التفليس، الرجل يفلس وله أم ولد ومدبرون لهم أموال.

ثم إذا قلنا: يمضي عتقها، فقال مالك في كتاب محمد: يتبعها مالها.

وقال ابن القاسم: لا يتبعها إلا أن يكون يسيراً.

فأما ما لا يصادف المال من تصرفه كالطلاق والخلع واستيفاء القصاص، وعفوه، واستلحاق النسب ونفيه باللعان واحتكامه واتهامه وقبول الوصية فهو صحيح. وكذا شراؤه على أن يقضي الثمن من غير ما حجر عليه فيه.

وأمَّا إقراره بالدين فإن كان استحقاق غير المقرّ له من الغرماء بغير بينة، بل بإقراره، فيجوز ذلك لمن أقر له في ذلك المجلس وبلفظ واحد إن قرب بعض ذلك من بعض. قاله مالك في كتاب محمد.

وإن كانت الديون الأولى تثبت ببينة فلا يجوز إقراره لمن لم يثبت دينه من الغرماء في وقت الحجر عليه، لأنه يُدخِل نقصاً على من ثبت دينه بالبينة بمجرد قوله، وذلك غير جائز له مع الحجر عليه.

ثم حيث قلنا: لا يقبل إقراره في المال المحجور عليه فيه فما أقرّ به من ذلك واجب في ذمته. فإن أفاد مالاً غير ما حجر عليه فيه قضى مما أفاد ما أقرّ به.

وأما لو قال: هذا قراض فلان أو وديعته، وعلى أصلها بينة، فأجاز ابن القاسم إقراره، ولم يجزه أشهب إلا ببينة على التعيين، ورواه عن مالك.

وقال أصبغ: يقبل فيما عين من وديعة أو قراض، كان عيناً أو عرضاً، كان على أصله بينة أو لم تكن، لأنه إقرار بأمانة ولم يقرّ بدين إذا أقرّ لمن لا يتّهم عليه بالتأليج[1] إليه.

---

(١) بياض في الأصل. مكان هذه الكلمة.

فأما إن لم يفسر ذلك، وإنما قال له: في مالي وديعة كذا وكذا أو قراض كذا، فلا يجوز لأن هذا إقرار بدين، وقاله ابن حبيب.

والمال الذي يتجدد بعد الحجر لا يتعدّى إليه الحجر، بل يحتاج فيه إلى استئناف حجر ثان.

وأجرة الكيال والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر يقدم على جميع الديون.

وإذا كان له دين وله به شاهد فليحلف، وكذا إذا رد عليه اليمين. فإن نكل فللغرماء أن يحلفوا، قاله ابن حبيب.

وإن أراد سفراً فلِمَن بقي له دينٌ حالٌّ مَنْعَه [منه][1]، وليس لمن له دين مؤجّل منعه [منه][2] ولا طلب الكفيل، ولا طلب الإشهاد، إلا أن يكون مما يحلّ في غيبته، فليوكل من يقضيه عند استحقاقه.

الحكم الثاني: بيع مَالِهِ وقسمته.

وعلى القاضي أن يبادر إلى بيع الحيوان، ولا يطيل مدة الحجر، بل يبيع ويقسم الثمن على أرباب الديون، إلا أن يكون المحجور عليه معروفاً بالدين فليستأنِ به في الموت. واختلف في الاستئناء به في الفلس.

قال ابن حبيب: قال أصبغ: وإذا فلس الغريم أو مات الرجل[3] وعليه دين فليأمر القاضي من ينادي على باب المسجد في مجتمع الناس: إن فلان بن فلان قد مات أو فلس، فمن كان له عليه دين أو عنده قراض أو وديعة أو بضاعة فليرفع ذلك إلى القاضي، وكذا فعل عمر رضي الله عنه في الأُسَيْفَع.

(١ و ٢) منه: سقطت من الأصل.

(٣) س: رجل.

ويبيع الحاكم بحضرة المفلس، ويباع متاعه بالخيار إلى ثلاثة أيام طلباً للزيادة.

وفي رواية مطرف: يُستَأْنَى في بيع رَبْعِهِ، يتسوَّق بـه[1] الشهر [والشهرين][2].

وأما الحيوان فلا يؤخر إلا اليسير.

قال مطرف: ويشترط السلطان فيما يبيع الخيار ثلاثاً.

وفي كتاب محمد: أما الحيوان والعروض يتسوق بها[3] اليسير، والحيوان أسرع بيعاً، وأما الدور والأرضون الشهر والشهرين ثم تباع.

ولا يكلف الغرماء حجة على أن لا غريم سواهم، ويعول على أنه لو كان ثم لظهر مع استفاضة الحجر، إما مطلقاً وإما بعد الاستثناء على ما تقدم.

ثم يقسم ثمن ما يباع[4] من ماله على / نسبة الديون، فإن [٤١/ ب] اختلفت أجناسها من العين والعرض والطعام المسلم إليه فيه، قوم لكل واحد قيمة دينه بقيمة يومه حين الفلس أو الموت وقسم ماله بينهم على تلك الحصص، واشتري لكل واحد [منهم][5] بما صار إليه من المحاصّة سلعته أو ما بلغ منها، ولا يدفع إلى أحد من أرباب الطعام ثمن، وكذلك [أرباب][6] العروض إلا أن يكون استلم عرضاً في عرض، ويعدل لمن كان غائباً من الغرماء نصيبه، فإن هلك بعد العدل فهو منه. ثم إن

---

(١) س: فيتسوق به.

(٢) والشهرين: سقطت من الأصل.

(٣) س: أما الحيوان والعروض فيتسوق بها.

(٤) س: ما بيع.

(٥) منهم: سقطت من الأصل.

(٦) أرباب: سقطت من الأصل.

ظهر بعد القسمة غريم لم يشعر به فلا ينتقض، بل يرجع على كل واحد بما ينوبه مما يخصه على ما يقتضيه الحساب. ولا يرجع على مليء بمعدم، ولا على حي بميت. وكذلك لو خرج المبيع مستحقاً لرجع على كل واحد بجزء من الثمن على ما[1] يقتضيه الحساب.

هذا إن كان الميت غير مشهور بالدين، فإن كان مشهوراً بالدين أو علم الورثة أن عليه ديناً ثم باعوا وأقبضوا بعض الغرماء، فلمن بقي أن يرجع على الورثة بما يخصه، ثم للورثة أن يرجعوا على من أخذ أَوَّلاً بما يغرمونه.

وفي الكتاب أيضاً أن له أن يرجع على من أخذ فيأخذ منه ما يخصه.

وحيث قلنا: يرجع على الورثة، فإنه يأخذ من الملي عن المعدم ما لم تتجاوز حصته ما قبض الوارث، بخلاف الغرماء.

فـــرع:

اختلف في مال المفلس ممن يكون ضمانه إذا تلف.

فروى أشهب أن مصيبته من المفلس، كان عيناً أو عرضاً.

وروى ابن الماجشون أن ما أوقف من عين أو عرض مصيبته من الغرماء، العرض بقيمته والعين بوزنه. وبه قال، وشبّهه بالثمن يهلك في المواضعة فيكون ممن تكون له الأمة.

وروى ابن القاسم: أنه منه إن كان عرضاً أو ما يشبه رهنهم، ومنهم إن كان عيناً، وجد في التركة أو بيع به من العروض، وقال بما روى.

وقال أصبغ: مصيبته منه إن كان حيّاً فلس، وإن كان ميتاً فمصيبته منهم.

---

(١) على ما: سقطت من س.

وإذا حيل بين المفلس وبين ماله وقبض الغرماء، تركت عليه كسوته المعتادة إلا أن يكون فيها فضل عن لباس مثله. ولا ينزع [عنه][1] رداؤه إذا كان نزعه يزري بمنصبه.

وروى ابن نافع أنه لا يترك عليه إلا ما يواريه.

وبه قال ابن كنانة[2].

واختلفوا في بيع كتب العلم [عليه][3] على قولين، بناء على كراهية بيعها.

وقال محمد بن عبد الحكم: بيعت كتب ابن وهب بعد موته بثلاثمائة دينار، وأصحابنا متوافرون فما أنكروا ذلك.

وفي ترك كسوة زوجته له تردد.

وقال سحنون: لا تترك له كسوة زوجته ولا يترك مسكنه ولا خادمه ولا غير ذلك من سرجه وخاتمه وثوبي جمعته ما لم تقلّ قيمتهما، ويترك عيشه وعيش زوجته وولده الصغير الأيام نحو الشهر، وإن لم يوجد له غيره ترك. [وكذا][4] ينفق عليه في مدة الحجر، ثمّ إن بقي شيء من الدين فلا يستكسب، ولا تؤاجرُ مستولدته، ويؤاجر مدبره[5]، ولا يلزمه أن ينتزع لقضاء دينه مَالَهما ولا مال معتقه إلى أجل. فإن اختار هو ذلك جاز على المستحسن من القولين.

وتباع كتابة مكاتبه.

---

(١) س: عنه: سقطت من الأصل.

(٢) عثمان بن عيسى بن كنانة أبو عمرو، من فقهاء المدينة. أخذ عن مالك، وغلب عليه الرأي. ت بمكة سنة ١٨٦ (الانتقاء: ٥٥ - طبقات الشيرازي: ١٤٦).

(٣) عليه: سقطت من الأصل.

(٤) كذا: سقطت من الأصل.

(٥) س: مدبرته.

ولا يجبر على اعتصار ما وهب لولده، ولا على الأخذ بشفعة له فيها فضل، إذ هو ابتداء تمليك ولا يلزمه.

وكذلك لو بُذِل له السلف لم يجبره على قبوله.

وليس [عليه][1] العفو عن دم أبيه ليأخذ الدية، ولا له أن يعفو عن دية وجبت له.

قال مطرف: ولا أن يجيز وصية أبيه لماله كله.

وإن ورث أباه فالدين أولى به، ولا يعتق عليه[2] منه إلا ما يفضل[3] عن الدين. ولو وُهِب له من يُعتَق عليه قُدِّم عتقه على حق الغرماء، إذ لذلك وهب.

[ثم][4] إذا لم يبق له مال واعترف بذلك الغرماء انفك الحجر عنه، ولا يحتاج إلى فك القاضي.

وقال القاضي أبو محمد: لا ينفك حجر عن محجور عليه بحكم أو بغير حكم إلا أن يحكم الحاكم.

الحكم الثالث: حبسه إلى ثبوت إعساره.

وفي الكتاب[5]: قال مالك: لا يحبس الحرّ ولا العبد في الدين ولكن يُسْتَبْرأ أمره، فإن اتهم بأنه خبّأ مالاً أو عيناً أو غيَّبه حبسهُ [السلطان][6]، فإن لم يجد له مالاً ولم يخبىء شيئاً لم يحبسه وخلَّى سبيله،

(١) في الأصل: وليس له.
(٢) عليه: سقطت من الأصل.
(٣) س: إلا ما فضل.
(٤) ثم: سقطت من الأصل.
(٥) المدونة: ٥/ ٢٠٤. كتاب المديان. في حبس المديان.
(٦) السلطان: سقطت من الأصل.

إلا أن[1] يحبسه قدر ما يتلوّم له من اختباره ومعرفة ماله، أو يأخذ عليه [حميلاً][2].

وللقاضي إطالة حبسه إن ظهر عناده بإخفاء المال.

قال مالك في رواية ابن القاسم ومطرف: وإذا / تبيّن لَدَدُه حبسه، [٤٢/أ] مثل أن يتّهم بمال أخفاه، ومثل هؤلاء التجارُ الذين يأخذون أموال الناس، ثم يقولون: ذهبتْ، ولا يعرف ذلك، والرجل في السوق وفي موضعه لا يُعلَم أنه سُرِق له شيء ولا احترق منزله ولا أصيب بشيء، فهؤلاء يحبسون حتى يوفُّوا الناس حقوقهم أو يتبيّن أنه لا شيء لهم[3] فيطلقهم ولا يلازمهم أحد.

قال مالك في الذين يتفالسون ويقولون: ذهب مالنا، ولا يُعرَف ذلك، فإنهم يحبسون، وإن شهد لهم ناس: أنهم[4] لا شيء لهم، فهذا لا يُعرف ولا يُعجَّل بسراحهم حتى يستبرأ أمرهم.

قال في كتابي[5] محمد وابن حبيب: وأرى في الذين يتفالسون في السوق، ولا يعرف ما يأتون به أن يُخْرَجوا من السوق.

وقال عنه مطرف: فإنه لا يزال يفعل ذلك الرجل منهم، ثم يظهر له مال [ومتاع][6] فليُنْفَ هؤلاء من السوق.

فأما من [حبس][7] للاستبراء من التهمة أو للجهل بحاله، فإن أقام

---

(١) في الأصل: إلى أن.
(٢) حميلاً: سقطت من الأصل.
(٣) لهم: سقطت من س.
(٤) س: أنه.
(٥) في الأصل: كتاب.
(٦) ومتاع: سقطت من الأصل.
(٧) فأما من حبس: ساقط من الأصل.

بيّنة على إعساره خُلِّي في الحال، وأُنْظِر إلى ميسرة، ويشهد من يخبر باطن حاله.

قال[1] القاضي أبو الوليد: يشهد له الشهود أنهم لا يعلمون[2] له مالاً ظاهراً ولا باطناً، ثم يحلّفه مع الشهادة.

قال: لأن شهادتهم على الظاهر، ويحلف هو على الباطن.

فإن لم يجد من يشهد له، وقد طال حبسه أخرج، والطول يختلف بالنسبة إلى كثرة الحق وقلّته، وليس له أمد محدود.

وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا يُحبَس في الدريهمات أكثر من نصف الشهر. ويبلغ في الكثرة أربعة أشهر، وما في بين ذلك الشهرين ونحوهما بالنسبة.

ويحبس في دين والده.

قال[3] مطرف: ولا يُحبس في دين ولده، لأن مالكاً قال: لا يُحلِّف القاضي الأبَ للولد، إن طلب يمينه، فاليمين أيسر[4]، ولكن يأمره الإمام فيما ثبت[5] عليه أن يقضيه.

قال[6] ابن القاسم: فإن شحّ الابن في استحْلاف أبيه أُحلِف له، وكانت جرحة على الابن.

وقال محمد بن عبد الحكم: أصحابنا لا يرون حبس الوالد لولده في الدين يداينه[7].

---

(١) س: وقال.
(٢) في الأصل: أنهم لا يعرفون.
(٣) س: وقال.
(٤) اضطربت العبارة في الأصل.
(٥) في س: ثبت له.
(٦) س: وقال.
(٧) س: في دينه.

قال محمد: ويحبس الوالد لولده في دينه إذا امتنع من دفعه وشحّ الابن على ماله، ويحبس الوالد في امتناعه من الإنفـاق على ولده، ويحبس أيضاً فيما على الولد من ديـن إذا كان له بيده مال.

وكذلك الوصي يحبس فيما على الأيتام من الدين إذا كان لهم بيده مال.

ويحبس النساء في الدين وغيره، وهنّ كالرجال فيما يحبس فيه الرجال، ويكنَّ بموضع لا يكون فيه رجل، والمؤتمن عليهنَّ امرأة مأمونة لا زوجَ لها، أوْ لَها زوج مأمون معروف بالخير.

قال سحنون: ومن سجن في دين لامرأته أو لغيرها فليس له أن تدخل إليه امرأته، لأنه إنما يسجن للتضييق عليه، فإذا لم يُمنَع لذّته لم يُضَيَّق عليه.

وقال محمد بن عبد الحكم: إذا حبس الحاكم الزوجين في حق وجب عليهما جميعاً أو كفالة تكفّلا جميعاً[١] بها، فقالا: نحبس جميعاً، وقال صاحب الحق: بل يفرّق بينهما، فذلك للزوجين إذا كان الحبس خالياً، فإن كان فيه رجال غيرهما حبس الـزوج مع الرجال والزوجة[٢] مع النساء.

وإذا حبس الأب والابن في دين عليهما حبسا جميعـاً لا يفرق بينهما.

قال: ولا يمنع من حبس في الحقوق[٣] من زيارة المسلمين ممن يسلم. ويترك مع المحبوس من يخدمه، وإن مرض مرضاً احتاج فيه إلى

---

(١) جميعاً: سقطت من س.

(٢) في الأصل: والنساء.

(٣) في الأصل: بالحقوق.

جارية لتمرضه[1] وتطلع على عورته، لم أر بأساً أن تصير معه جارية حيث يجوز ذلك.

فـــرع:

من حلّ عليه دين فسأل أن يؤخر ووعد بالقضـاء، فحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن الإمام يؤخره حسب ما يرجو له ولا يعجل عليه.

وقال في كتاب ابن سحنون: إن سأل أن يؤخره يوماً أو نحوه أخر، ويعطي حميلاً بالمال.

الحكم الرابع: في الرجوع إلى عين المال. لقوله ﷺ: «أيّما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به [من غيره»][2] فجعل ربَّ المال أحق، وذلك عند اختياره الأخذ، وله الضرب.

ويتعلق الرجوع بثلاثة أركان:

- العــــوض.
- والمعـــــوض.
- والمعاوضـــة.

[أما العوض وهو الثمن][3] فشرطه أن يتعذر استيفاؤه بالإفلاس، فلو وفّى المال به، فلا رجوع له.

ولو دفع إليه الغرماء الثمن من مال المفلس، قال ابن الماجشون: أو من أموالهـم فلا رجوع أيضاً.

---

(١) س: لتوضئه.

(٢) من غيره: سقطت من الأصل.

وهذا الحديث أخرجه مالك عن أبي هريرة في الموطأ، كتاب البيوع، ما جاء في إفلاس الغريم (تنوير الحوالك: ٢/ ٨٣).

(٣) أما العوض وهو الثمن: ساقط من الأصل.

وقال ابن كنانة: ليس لهم أن يدفعوا من مالهم، بل من مال المفلس إن كان له مال.

وقال أشهب: ليس لهم أخذها باليمين حتى يزيدوا على الثمن زيادة يحطونها / عن المفلس من دينهم، ويكون نماء السلعة ونقصانها [٤٢/ب] لهم وعليهم.

فــرعـــان:

الأول: لو قبض بعض الثمن ثم وجد السلعة، خيّر في رد ما قبض وأخذ سلعته أو الضرب بما بقي له من الثمن.

الفـرع الثاني: لو قبض البعض[١] ثم وجد من السلعة بعضها، فإما ضرب ببقية الثمن وإما ردّ مما قبض ما يخصّ ما وجد وأخذ ما وجد وضرب ببقية ثمن ما فات بعدما أخذ.

وأما المعوض فله شرطان:

أحدهما: أن يكون قائماً في ملك المفلس، فلو هلك فليس للبائع إلا المضاربة بالثمن والخروج عن ملكه مثل الهلاك والكتابة كزوال الملك.

الشرط الثاني: ألّا يكون متغيّراً تغيّر انتقال، فإن انتقل كالحنطة تزرع أو تطحن أو يخلط جيّدها برديء أو مسوّس أو مغلوث، أو يُعمَل الزبد سمناً، أو يُقطَع الثوب قميصاً أو الخشبة باباً، أو يذبح الكبش، فقد فات الرجوع. ولو لم ينتقل ولكن أضيف إليه صناعة أو عين أخرى: كالعرصة يُبْنَى فيها [بيت][٢] والغزل ينسج، فلا يمنع [الرجوع][٣]. ثم يكون له أن يشارك الغرماء بقدر قيمتها من قيمة البنيان، وكذلك الغزل

---

(١) س: بعض الثمن.

(٢) بيت: سقطت من الأصل.

(٣) الرجوع: سقطت من الأصل.

وغيره. وكذلك لو خلط السلعة بجنسها المماثل لها كالزيت على مثله والحنطة على مثلها، وغير ذلك، فله من ذلك قدر مكيلته.

ولو ولدت الأمة أو الماشية فله أخذ الولد معها، بخلاف الثمرة والغلة إلا أن يكون الصوف على ظهورها واللبن في ضروعها والثمرة قد أبرت واشترطها المبتاع، فإنه يردّ ما كان قائماً من ذلك ويضرب بمثل ماله مثل وقيمة ما لا مثل له.

وقيل: إن جدّ الثمرة، وجز ذلك الصوف فهما كالغلة.

وفي الرجوع في تمر بعد أن ييبس من مبتاعه [منه][1] في رؤوس النخل إذا فلس روايتان: بالإجازة والمنع. وبالأولى أخذ أشهب. وإلى الثانية ذهب أصبغ.

والروايتان مبنيتان على أصلين: أحدهما أن البائع إذا أخذ السلعة في الفلس، فهل هو ناقض للبيع الأوّل، أو هو مبتدىء لبيع ثان؟.

فعلى الأول يصح أخذه، وعلى الثاني[2] فيختلف فيه بناء على الأصل الآخر[3]، وهو أن ما كان من الذرائع إذا ألجأ إليه الحكم هل يعتبر في المنع أم لا؟.

فـرعـــان:

الأول: إذا وجد بعض المبيع كأحد العبدين أخذه وضرب بما يخص الغائب[4] من الثمن.

ولو ولدت الأمة ثم مات أحدهما، فليس له إلا أخذ الباقي بجميع الثمن أو الترك.

---

(١) منه: سقطت من الأصل.

(٢) س: وأما على الثاني.

(٣) س: على أصل آخر.

(٤) س: الفائت.

ولو بيع الولد وبقيت الأم أخذها بجميع الثمن في رواية ابن القاسم.

وروي أنه يأخذها بحصتها ويحَاص بما أصاب الولد من الثمن.

ولو بيعت الأم وبقي الولد أخذه بحصته من الثمن كسلعتين في صفقة.

قال يحيى: روى هذا ابن وهب وقال سحنون: ما أدري هذا.
قال أبو الحسن: يريد أن القياس فيهما سواء.
وقال الشيخ أبو القاسم: له أخذ الباقي منهما بحسابه[1].

الفرع[2] الثاني:

إذا وجد العبد الذي باعه مرهوناً، فهو بالخيار بين أن يدعه ويحاصّ بالثمن، أو يفديه ويأخذه بالثمن كله، زاد أو نقص، ويحاصّ بما فداه به. بخلاف ما لو وجده جانياً ففداه وأخذه بالثمن، فإنه لا يرجع بشيء مما فداه به، لأنه في الجناية لم يتعلق بذمة المشتري في شيء[3] يلزمه.

وأما المعاوضة فشرطها أن تكون معاوضة محضة، فلا يثبت الفسخ في النكاح أو الخلع أو الصلح، فتعد استيفاء العوض، لكن لو طلقها قبل البناء وفلست، فإن عرف المهر بيدها فهو أحق به حتى يأخذ نصفه. فإن لم يوجد إلا نصفه فإن كان ما هلك بغير سببها فليس له إلا نصف ما وجد ولا محاصّة [له][4] بما بقي، وإن كان بسببها حاصّ بنصف ما ذهب.

(١) لم نعثر على ذلك في التفريع.
(٢) الفرع: سقطت من س.
(٣) س: بشيء.
(٤) له: سقطت من الأصل.

ويثبت الفسخ في الإجارة والسلم ويثبت الرجوع إلى رأس المال عند الإفلاس، إن كان باقياً عيناً كان أو عرضاً، وإلى المضاربة بقيمة المسلم فيه إن كان تالفاً، ثم يشتري بالقيمة جنس حقه.

وأشهب لا يرى الرجوع في العين بوجه.

وإذا أفلس المستأجر بالإجارة رجع المكري إلى عين الدابة أو الدار المكتراة.

وإن كان قد زرع الأرض فربّها أحق بالزرع من الغرماء حتى يأخذ كراءه في الفلس دون الموت.

وقال ابن القاسم: هو أحق فيهما، ولو أقرضه سلعة لم يكن أحق بها.

[٤٣/أ] / وقال أبو محمد الأصيلي[١]: هو أحق بها كالبيع.

ولو وُهب له[٢] للثواب لكان له الرجوع في هبته، وإن تغيرت، إلا أن يبذل له الغرماء القيمة.

والأجير في سقي زرع أو نخل أو أصل إذا سقاه كان أحق به، بخلاف من استؤجر على رحيل إبل أو رعايتها أو علفها أو على رحى الماء والصبّاغ شريك[٣] بقيمة الصبغ، وكذلك النسّاج والبنّاء. وأما من دفع ثوبه إلى الصباغ ثم قبضه قبل دفع الأجرة، ثم فلس، فالصباغ أحق بما زاد الصبغ إن زاده، ثم يضرب بما فضل له.

---

(١) عبد الله بن إبراهيم الأصيلي أبو محمد الأندلسي. رحل به أبوه إلى أصيلا فنشأ بها وتفقه بقرطبة باللؤلؤي والقاضي أبي سليم ونظرائهما، له رحلة مشرقية لقي فيها شيوخ إفريقية والمشرق، وانتهت إليه رئاسة المالكية بالأندلس، ألف كتاب الدليل على الموطأ. ت ٣٩٢. (الديباج: ١/ ٤٣٣).

(٢) س: ولو وهبه.

(٣) شريك: غير واضحة في الأصل.

وقيل: يكون شريكاً بقيمة الصبغ زاده أو نقصه.

وجميع الصناع أحق بما أسلم إليهم للصنعة، وكذلك مكري دابته لحمل متاع، فهو أحق بما حمل عليها وإن لم يكن معها.

والمكتري أحق بالدابة المعيّنة في العقد، وإن لم يقبضها دون الكراء المضمون إلا أن يقبضها فيه.

وأرباب الحوانيت والدور أسوة غرماء[1] مكتريها فيما فيها. ورب الأرض المكتراة أحق بما فيها من الزرع حتى يقبض كراءه لا يشاركه أحد من الغرماء، سوى من استؤجر للسقي فإنه يحاصّه، ويقدمان على مرتهن الزرع.

وقيل: رب الأرض أوْلى، ثم أجير السقي، ثم المرتهن.

فـــروع:

الأول: من ابتاع سلعة بيعاً فاسداً، ثم فلس البائع، فقال سحنون: هو أحق بالسلعة التي في يده وإن فسخ بيعها حتى يستوفي ثمنه.

وقال محمد: لا يكون أحق بها.

وقال ابن الماجشون: هو أحق بها في النقد دون الدين.

الفرع الثاني: قال ابن القاسم في المشتري يرد العبد بعيب، فلم يقبض ثمنه من البائع حتى فلس والعبد بيده، فلا يكون الراد له أولى به.

الفرع الثالث: قال مالك في المشتري للسلعة يفلس وقد نقد بعض ثمنها ورد البائع ما قبض وأخذها، ثم وجد بها عيباً، يريد مما

---

(١) في الأصل: الغرماء.

حدث عند المبتاع، فله ردها ويحاصّ [أو يحبس ولا شيء له.

قال محمد: لأنه لا يعرف ما كان ردّ من الثمن بعينه، ولو عرف بعينه مثل أن يكون طعاماً أو كتاباً أو غيره لكان أحق به أو يحاص][1] بما بقي له من ثمنها فيه أو في غيرها.

الفرع الرابع: قال ابن القاسم في العتبية: إذا فلس المشتري بعد بيعه للسلعة وحاصّ البائع الغرماء، ثم ردت[2] بعيب، كان للبائع أن يرد ما أخذ في الحصاص، ويأخذ سلعته.

قال أبو الحسن اللخمي: ويصح أن يقال: ذلك حكم مضى فلا يرد.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٢) س: ثم رده.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كبيراً[1].

كتاب الحجر

وأسباب الحجر سبعة: الصبا والجنون والتدبير والرق والفلس والمرض والنكاح في حق الزوجة.

فأما حجر الصبا فينقطع بالبلوغ مع الرشد [عند الابتلاء.

ويشترط في ابتلاء الأنثى أن تتزوج ويدخل بها زوجها على المشهور، وحينئذ يقع الابتلاء في الرشد][2] لأن الذكر بتصرفه وملاقاته للناس في أوّل نشأته[3] إلى البلوغ يحصل له الاختبار ويكمل عقله بالبلوغ، فيحصل له الغرض.

وأما المرأة فبكونها محجورة لا تعاني الأمور ولا تبرز[4] لأجل حياء البكارة وقف فيها على وجود الدخول في النكاح فبه تفهم المقاصد كلها، ثم تُبْتَلَى بعد ذلك.

واختلف في العانس، فقال ابن القاسم في الكتاب: لا تجوز كفالة

(١) البسملة والتصلية: انفردت بهما الأصل.

(٢) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٣) س: نشئه.

(٤) س: تتبرز.

البكر ولا بيعها ولا صدقتها ولا عتقها ولا معروفها. وإن أجازه الوالد لم ينبغ للسلطان أن يجيزه. هذا قول مالك ورأيي[1].

قال: ولا تجوز عطّيتها لوالديها، وهما في ذلك بمنزلة الأجنبيين، وكان مالك يقول فيما رأيت في كتاب عبد الرحيم: إنها إذا عنست جاز صنيعها.

قال ابن القاسم: فإذا بلغت سنّ التعنيس جاز صنيعها إلا أن تُوَلَّى بوصي أو أب.

وقال ابن عبد الحكم في البكر إن لم تُوَلَّ لأحد فبيعها جائز إذا كان على سداد، وأما هبتها وصدقتها فلا تجوز.

وروى ابن عبد الحكم ومطرف وغيرهما أنها إذا عنست جاز صنيعها وإن كان لها أب أو وصيّ، ورواه عبد الرحيم.

فـــرع: في تحديد المدة التي يقع الإبتلاء على مضيّها بعد الدخول على المشهور.

وقد اختلف فيها، فقيل الخمسة الأعوام.

وقيل: الستة والسبعة في ذوات الأب والعام الواحد في اليتيمة التي لا وصيّ عليها.

وحكى الشيخ أبو الوليد رواية بأن الأنثى كالذكر يُعتبر رشدها، وإن لم تتزوج بل بمجرد الحيض.

ثم البلوغ في الذكور[2] بالاحتلام والإنبات، أو بلوغ سن تشهد العادة ببلوغ من / بلغه[3] واختلف في مقداره: [٤٣/ب]

(١) المدونة: ٥/ ٢٨٣. كتاب الكفالة والحمالة في حمالة الجارية البكر التي قد عنست ولم يرض حالها.

(٢) س: في الذكر.

(٣) س: يبلغه.

فقال ابن القاسم: هو ثماني عشرة سنة.

وقال غيره: سبع عشرة [سنة][1].

وذكر ابن وهب أن سن البلوغ خمس عشرة سنة. وهو اختيار[2] القاضي أبي بكر.

وأما الإناث فيزدن على الذكور مع مساواتهنّ لهم فيما تقدم بالحيض والحمل.

فــــرع:

في طريق معرفة هذه العلامات:

أما السن فالعدد.

وأما الاحتلام فبقوله: إذا كان ممكناً إلا أن تعارضه ريبة.

وأما الإنبات فقال القاضي أبو بكر: يكشف عنه، ويستدبره الناظر، ويستقبلان جميعاً المرآة وينظر إليها الناظر، فيرى الإنبات أو البياض المسطح.

وأما الرشد فبأَنْ يكون[3] مصلحاً لِمَالِه، حافظاً له، عارفاً بوجوه أخذ المال وإعطائه والحفظ له عن التبذير.

وزاد ابن الماجشون: أن يكون جائز الشهادة.

ولم يعتبر ابن القاسم ذلك.

ومهما حصل انفكاك الحجر فلو عاد إلى التبذير لعاد[4] الحجر.

---

(١) سنة: سقطت من الأصل.

(٢) س: وهو رأي.

(٣) س: فإن يكون.

(٤) س: عاد.

صفة السفيه المستحق للحجر عليه: أن يكون يبذر ماله سفهاً[1] في لذاته من الشراب وغيره، ويسقط فيه سقوط من لا يعدّ المال شيئاً.

قال ابن القاسم: ويحجر على كل من [لو][2] كان في ولاء لم يعط ماله.

وقال أشهب: لا يحجر إلا على البيِّن أمره المبذّر ماله ولا يُحكِم[3] إمساكه.

فـــرع:

اختلف في أفعال من يستحق الحجر إذا تصرف في ماله قبل الحجر.

فقال ابن كنانة وابن نافع: تمضي.

وقال ابن القاسم: تصرفه على الردّ كالمحجور عليه.

وقال مطرف وابن الماجشون: إذا كان سفهه قبل البلوغ ثم لم يأت عليه حال رشد كانت أفعاله مردودة، لأنه[4] لم يزل في ولاء، وإن كان رشد ثم أحدث سفهاً كان فعله نافذاً، إلا أن يكون بيعة خديعة فباع ما يساوي ألفاً بمائة، فإنه يردّه، وفرق بين هبته وبيعه.

وحكى الإمام أبو عبد الله قولاً آخر فقال: وقيل يرد إن كان ظاهر السفه، ويمضي إن كان خفيه، ثم[5] قال: وكان المحققون من شيوخنا يختارون الردّ، لأن السفيه المحجور عليه يرد بيعه اتفاقاً قال: فكأنَّ المحققين من شيوخنا رأوا أن الرد من مقتضى السفه، فردوا أفعال المهمل.

---

(١) س: سرفا.

(٢) لو: سقطت من الأصل.

(٣) : الذي لا يحكم.

(٤) لأنه: سقطت من س.

(٥) ثم: سقطت من س.

ورأى بعض أصحاب مالك الردّ من مقتضى الحجر، فأجازوا أفعاله إذْ لا حجر عليه.

[قال][1]: والأصح عند شيوخنا أنه من مقتضى السفه، لأن الحجر كان عن السفه، [ولم يكن السفه عن الحجر، وإذا كان الحجر عن السفه ومن مقتضاه وجب أن يكون الردّ في السفيه][3] المحجور عليه لأجل السفه لا لأجل الحجر. قال: وكان شيخي رحمه الله يقول: الدليل على أن السفه علة في رد الأفعال الاتفاق على رد أفعال الصغير والمجنون. وأن السفيه إذا ثبت رشده وجب تسليم ماله إليه، فدلّ ذلك على أن العلة وجود السفه.

قال الإمام أبوعبد الله[3]: وكذلك اختلف المذهب في المحجور عليه إذا رشد ولم يفك الحجر عنه، هل تمضي أفعاله وهو عكس السفيه المهمل.

وقال: والنظر عند شيخنا يقتضي جواز أفعاله لوجود علة الجواز وهي الرشد، وارتفاع علة الرد وهي السفه.

قال: وهكذا يجري الاختلاف في المرتد إذا باع قبل الحجر عليه قياساً على السفيه المهمل.

ثم فائدة الحجر صرف استقلاله في التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبة والإقرار بالدين، ؛ وسلب عمارته عند التوكيل.

ويستثنى من ذلك وصية الصغير فإنها تنفذ إذا لم يخلط فيها.

ويصح قبول المحجور عليه للهبة والوصية، ولا حجر عليه فيما لا

---

(١) قال: سقطت من الأصل.

(٢) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٣) أبو عبد الله: سقطت من س.

يدخل تحت حجر الولي كالطلاق والظهار واستلحاق النسب ونفيه وإقراره بموجب[1] العقوبات لأنه مكلف، والولي لا يتولى ذلك، بل لا بد[2] أن يتولاه بنفسه، ولا يقبل إقراره بإتلاف مال الغير.

وولي الصبي أبوه، وعند عدمه الوصي أو وصيه، فإن لم يكن فالحاكم. ولا ولاية للجد ولا للأم ولا لغير من ذكرنا.

ولا يتصرف الولي إلا على ما يقتضيه حسن النظر، ولا يبيع عقاره إلا لحاجة الإنفاق عليه أو لغبطة في الثمن أو لخشية سقوطه إن لم ينفق عليه من المال ما يكون معه بيعه وابتياع غيره بثمنه أفضل، أو لكونه في موضع خرب، أو يخشى انتقال العمارة من موضعه فيبيعه ويستبدل بثمنه في موضع أصلح منه.

[٤٤/ أ] ولا يستوفي الولي قصاصه ولا يعفو / عنه، ولا يعتق رقيقه، ولا يطلق نساءه إلا أن يكون بعوض على وجه النظر في غير البالغ من الذكور، أو يفعل ذلك الأب خاصة فيمن يجبر من الإناث، وفي مخالعته عمن لا يجبر وممن تملك أمرها خلاف، وكذلك في البالغ السفيه على ما تقدم في كتاب الخلع.

ولا يعفو عن حق شفعته إلا لمصلحة، ثم إذا تركها فليس للصبي الطلب بعد البلوغ.

هذا حكم من حجر عليه لحق نفسه. أعني الصبي والمجنون والسفيه ـ.

فأما الباقون فالحجر عليهم لحقّ غيرهم، وقد مضى حكم المفلس منهم.

---

(١) س: بموجبات.

(٢) س: فلا بد.

فأما[1] الرقيق فلساداتهم الحجر عليهم ومنعهم من التصرف في قليل أموالهم وكثيرها بمعاوضة وغيرها كانوا ممن يحفظها أو يضيّعها.

وأما المريض فمحجور عليه لحقوق ورثته إذا كان مرضه مخوفاً.

ويلحق بالمريض من كان في معناه بحصوله في حالة يعظم الخوف عليه فيها كالزاحف في الصف والمحبوس للقتل والحامل إذا بلغت ستة أشهر، وفي راكب اللجة وقت الهول خلاف، تفصيله مذكور في الوصايا.

وأما الزوجة مع الزوج فله منعها من التصرف فيما زاد على ثلثها بهبة أو صدقة أو عتق أو غير ذلك مما ليس بمعاوَضة.

قال ابن حبيب: قال مطرف وابن الماجشون: رُوِيَ أن النبي ﷺ قال: «لا يجوز لامرأة أن تقضي في ذي بال من مالها إلا بإذن زوجها»[2] فرأى العلماء أن الثلث ذو بال، ولم تكن أَسْوَأ حالاً من المريض.

ورُوِيَ أن النبي ﷺ قال: «لا يحل لامرأة يملك زوجها عصْمتها عطية في مالها إلا بإذنه»[3].

---

(١) س: وأما.

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب البيوع: ـ باب ٨٦ ـ (٣/٨١٥ ـ ٨١٦)، والنسائي: الزكاة: باب عطية المرأة بغير إذن زوجها (٧/٦٥)، وأحمد: (٢/١٧٩ ـ ١٨٤)، والحاكم: (٢/٤٧) وصححه بلفظ: لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها، وفي رواية لأبي داود: لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها، وأخرجه ابن ماجه: (٢/٧٩٨) بلفظ: «لا يجوز لامرأة في مالها إلا بإذن زوجها» إذا هو ملك عصمتها، وفي هذا المعنى: أخرجه ابن ماجه ـ أيضاً ـ عن كعب بن مالك.

(٣) انظر الهامش، السالف، قبل هذا.

وقال ﷺ: «تنكح المرأة لأربع»[1] فذكر المال، وذلك يفيد حقاً في تبقية المال بيدها، ولأن العادة جارية بأن الزوج يتجمل بمال زوجته وله فيه معونة وترفيه، يبين ذلك أن مهر المثل يقلّ ويكثر بحسب قلة مالها وكثرته، كما يقل ويكثر بحسب بروزها في الجمال أو عدمه. وإذا ثبت ذلك لها[2] إبطال عوض[3] الزوج مما[4] لأجله رغب في نكاحها وحمل لأجله صداقها.

فـرعـان:

الأول: إذا تبرعت بأكثر من ثلث مالها[5]، فقال ابن القاسم: هو جائز حتى يرده الزوج كعتق المديان، ورواه.

وقال مطرف وابن الماجشون: قد قال في الحديث: «لا يجوز لامرأة» فهو مردود في الأصل.

قالا: وإذا قضت بأكثر من الثلث ولم يعلم الزوج بما فعلت حتى ماتت فذلك مردود.

قالا: فأما إذا لم يعلم بما فعلت حتى تأيّمت بموته أو طلاقه أو علم فردّه، فلم تخرجه من ملكها حتى تأيّمت فذلك نافذ عليها لانتفاء الضرر.

---

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك» أخرجه البخاري في كتاب النكاح باب الأكفاء في الدين. ومسلم في باب استحباب نكاح ذات الدين. (طريق الرشد: ٢/ ١٥١ ـ رقم ١٠١٩).

(٢) لها: سقطت من س.

(٣) س: غرض.

(٤) س: فيما.

(٥) س: من الثلث من مالها.

وقال ابن القاسم: إن لم يعلم الزوج حتى تأيمت أو ماتت، فذلك ماض إلا أن يكون الزوج ردّه حين علم.

وقال أصبغ: أقول بقوله في الموت، وأما في التأيّم فأقول بقول مطرف وابن الماجشون.

وقال ابن حبيب بقولهما في كل شيء.

وقد أجمعوا في التأيم على. . . . . [1] واختلفوا في الموت.

الفـرع الثانـي: إذا تبرعت بما زاد على ثلثها فالزوج بالخيار بين أن يجيز أو يردّ جميعه.

وقال المغيرة وابن الماجشون: يردّ ما زاد على الثلث خاصة إذ هو المحجور عليها فيه كالمريض.

قال ابن الماجشون: حاشا العتق، فإنها إذا زادت فيه على الثلث بطل جميعه لأنه لا يتبعض. ثم ليس لها التصرف في بقية المال الذي أخرجت ثلثه، ولها ذلك في مال آخر إن طرأ لها.

(١) كلمة غير واضحة في النسخ.

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً[1].

كتاب الصلح والتزاحم على الحقوق والتنازع

وفيه فصول.

الفصل الأول

في الصلح

وهو ضربان: معاوضة كالبيع، فحكمه حكم البيع فيما يجوز ويمتنع، وإسقاط وإبراء.

والصلح على الدين[2] كبيع الدين، وإن صالح على بعضه فهو أبرأ [عن البعض][3]. ولو صالح من حالّ على مؤجل مثله أو أقل منه جاز، ولا يجوز على أكثر منه.

وإن صالح من مؤجل على حلول بعضه وإسقاط بعضه لم يجز.

وبالجملة، فهذا / القسم من الصلح بيع، وحكمه حكم البيع [٤٤/ ب] في العين كان أو في الدين، ويقدّر المدعى به والمقبوض كالعوضين فيما

(١) لم ترد البسملة والتصلية في س.

(٢) في الأصل: عن الديون.

(٣) عن البعض: سقطت من الأصل.

يجوز بينهما وما يمنع فتمتنع الجعالة والغرر والواحد باثنين من جنسه إلى أجل، والوضع على التعجيل وغيره مما يشبهه.

وأما[1] الصلح على ترك القيام بالعيب كمن اشترى سلعة ثم اطلع على عيب فصالح البائع على أن لا يقوم به بشيء دفعه إليه فأصل ابن القاسم في المدفوع: الأخذ بالأحوط وصرف هذا الصلح إلى أنه استئناف[2] مبايعة ثانية بعد تقدير كون الأولى قد انفسخت، فيعتبر ما يحل ويحرم في المعاوضة الثانية، ويحذر فيه من بيع وسلف وفسخ دين في دين.

وأصل أشهب: أن هذه المعاملة ليست بفسخ للعقد [الأول][3] تحقيقاً ولا تقديراً، وإنما هي معاوضة على ترك منازعة وإسقاط حق عن قيامه بالعيب، فيعتبر ما يجوز أخذه عوضاً عن الإسقاط.

واختلافهم هذا يلاحظ أصلاً مختلفاً فيه في المذهب، وهو أن من خيّر بين شيئين هل يقدَّر أنه مالك لما يختاره قبل اختياره أم لا؟ فإن المتمسك بهذا المعيب ملك أن يتمسك به وأن يرد، فهل يُقدَّر أنه ملك الرد[4]؟.

وبيان الأصلين بالتمثيل: أن من اشترى عبداً بمائة دينار مثلاً، ثم ظهر على عيب بعد النقد جاز أن يصالحه على الردّ بكل شيء يدفعه إليه معجلاً، ويشترط فيما يدفعه من العين أن يكون من سكة الثمن لا من غيرها، فإنه على أصل ابن القاسم يقدَّر على أن المشتري رد بالعيب، ووجب له على البائع ارتجاع المائة، فإذا أخذ منه عرضاً أو طعاماً صار

---

(١) س: فأما.

(٢) استئناف: سقطت من س.

(٣) الأول: سقطت من الأصل.

(٤) انظر إيضاح المسالك للونشريسي: ١٨٧ ـ ١٩١، القاعدة: ١٩.

البائع كأنه دفع عن مائة وجب عليه ردها العبدَ وما دفع عن العيب من عرض وطعام، وذلك جائز.

ولو صالحه على دراهم كثيرة أكثر من صرف دينار نقداً، لم يجز على أصل ابن القاسم، لأنه بيع وصرف لا يجوز عنده إلا فيما قلّ.

وأشهب يجيز ذلك، لأنه لا يمنع الصرف والبيع في عقد واحد، مع أنه لو منع ذلك لجازت المسألة على أصله أيضاً لكونه لا يرى الصلح معاوضة عن الثمن الذي قبضه البائع، وإنما يقدّره معاوضة عن إسقاط القيام بالعيب.

ولو صالح على عشرة دنانير يدفعها للمشتري إلى شهر، لكان ممنوعاً عند ابن القاسم لأنه يقدر أن البائع فاسخ المشتري في البيع، ووجب رد المائة بأسرها، وأخذ عبده فقبل المشتري تسعين منها معاوضة على العبد الذي أبقاه المشتري في يده بشرط أن يؤخر البائع بالعشرة الباقية إلى أجل، فيصير هذا بيعاً للعبد بتسعين على أن يسلف المشتري البائع العشرة التي وجبت له معجلة فأخرها إلى أجل، وتأخيرها سلف للبائع، والبيع والسلف محرم، وإذا وقع هذا أجرِيَ على أحكام البيع والسلف.

ومقتضى أصل أشهب جواز هذا لأن العشرة التي يدفعها البائع إلى شهر ليست معاوضة عن العبد، لكنها معاوضة عن إسقاط القيام، وذلك جائز.

وكذلك لو صالحه على دراهم مؤجلة لجاز عند أشهب، ولم يره صرفاً متأخراً.

ومنع عند ابن القاسم.

ولو صالحه قبل النقد على دنانير فنقدها له لم يجز، لأنه أعطى عبداً ودنانير في مائة دينار يأخذها من المشتري، إلا أن يشترط المقاصة

بها من الثمن فيجوز، وكأنه هضم بعض الثمن لأجل العيب.

ولو صالحه البائع على تسعين ديناراً يأخذها منه وتبقى عشرة إلى أجل لانعكس حكم التفريع على المذهبين، فيجوز على أصل ابن القاسم لأنه يقدر أن البيع الأول قد انفسخ، وهذا عقد ثان على العبد بتسعين نقداً وعشرة مؤجلة. ولا يجوز على أصل أشهب، لأنه يرى أن العقد الأول على حاله لم ينحل، وإنما الصلح شراء الرد الذي وجب للمشتري، فصار البائع كأنه وجب له مائة دينار بحكم العقد الأول، فأخذ منها تسعين، وأخره بعشرة إلى أجل، وجعل التأخير عوضاً عن إسقاط قيام المشتري عليه بالعيب والتأخير سلف، فصار ذلك سلفاً جرَّ نفعاً.

وكذلك لو صالحه على تسعين ديناراً ودراهم يدفعها المشتري مؤخرة أو عرضاً مؤخراً لجاز على / مذهب[1] ابن القاسم، ومنع على أصل أشهب، لأنه فسخ العشرة الباقية من المائة في عرض إلى أجل أو في دراهم إلى أجل. [٤٥/ أ]

فأما حيث جرى الصلح على الإسقاط والإبراء، فهو وضع بعض الحق المدعى وإبراء منه، مثل أن يسقط بعض الحالّ ويأخذ باقيه.

وتجوز المصالحة على ذهب من ورق، وبالعكس يشترط حلول الجميع وتعجيل القبض.

والصلح على الإنكار جائز كالصلح على الإقرار، ويحل للمدعي ما يأخذه ويملكه إذا علم أنه مطالب بحق، إذ هو بعض ماله أو عوضه.

والوضيعة في الصلح لازمة لا يجوز الرجوع فيها[2]، لأن ذمة الغريم قد برئت منها.

---

(١) س: أصل.

(٢) س: بها.

وابتداء اليمين بشيء يبذله من لزمته جائز، فإن علم المبذول له أنه مطالِب بغير حق لم يحلّ له أخذه.

فـرعـــان:

الأول: إن من ادعى على رجل حقاً فأنكره فصالحه، ثم ثبت الحق[1] بعد الصلح، فإن كان ثبوته بوجه واضح لا مخاصمة فيه كإقرار المطلوب بثبوت الحق الذي أنكره أوّلاً، فإن الصلح لا يلزم المقرّ له لأنه إنما التزمه كالمجبر عليه والمغلوب على حقه.

قال سحنون: وله أن لا ينقض الصلح ويتمادى عليه لأنه محض حقه.

وإن ثبت ببيّنة لم يعلم بها حين الصلح، ففي الكتاب[2]: إن له القيام بها.

وفي رواية مطرف: أنه لا يقوم بها.

فإن كانت البيّنة حاضرة حين الصلح، وهو عالم بها وقادر على القيام بهـا فالصلح له لازم، ولا قيام له بها إن كان صرح بإسقاطها، فإن لم يصرح بإسقاطها فخرّج المتأخرون فيها قولين من مسألة مستحلف خصمه مع علمه ببينته، وإن كانت بينته بعيدة، فإن كان شرط القيام بها متى حضرت وأعلن بذلـك فلا يختلف المذهب في[3] أن له القيام بها، وإن كان إنما أشهد سـرّاً ففي انتفاعه به وتمكينه من القيام بها قولان.

---

(١) الحق: سقطت من س.

(٢) المدونة: ٤/ ٣٧٤. كتاب الصلح، في رجل صالح رجلاً على إنكار ثم أصاب المدعي بينة أو أقر له المنكر بعد الصلح.

ونصها: (قال مالك: إن كان صالحه وهو لا يعرف أن له بينة، وإنما كانت مصالحته إياه أنه جحده، فله أن يرجع عليه ببقية حقه إذا وجد بينة).

(٣) في: سقطت من س.

الفرع الثاني: قال سحنون فيمن أقر في السر وجحد في العلانية، وقال للمدعي: أخرني وأقرّ لك، فأشهد المدعي في السرّ أنه إنما يصالحه لأجل إنكاره، وأنه متى وجد بيّنة قام بها، فإن الصلح لا يلزمه إذا ثبت جحوده وثبت أصل الحَق.

قال: والظالم أحق أن يحمل عليه.

الفصل الثاني

في التزاحم على الحقوق في الطرق والحيطان والسقوف

وقد روى ابن وهب أن النبي ﷺ قال: «من اقتطع من طريق المسلمين أو أفنيتهم شبراً[1] من الأرض طوقه الله [يوم القيامة][2] من سبع أَرَضِين»[3].

وقضى عمر بالأفنية لأرباب الدور.

قال ابن حبيب: وتفسير هذا يعني بالانتفاع للمجالس والمرابط والمساطب وجلوس الباعة فيها للبياعات الخفيفة في الأفنية، وليس بأن تحاز بالبنيان[4] والتحصين[5].

ويجوز إخراج العساكر والرواشن والأجنحة على الحيطان إلى طرق المسلمين.

قال سحنون فيمن له داران متقابلتان عن يمين الطريق ويساره فأراد

---

(١) س: شيئاً.

(٢) يوم القيامة: سقطت من الأصل.

(٣) في معناه ما أخرج مسلم أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتطع شبراً من الأرض ظلماً طوقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين». (الصحيح: ٢/ ١٢٣٠ - كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها.

(٤) في الأصل: بالبينات. (٥) س: والتحظير.

أن يبني على جداري داريه ساباطاً[1] يتخذ عليه غرفة أو مجلساً: فذلك له، ولا يمنع من هذا أحد، [وإنما][2] يمنع من تضييق السكة، وأما ما لا ضرر فيه على السكة ولا على أحد من الناس فلا يمنع.

وليس لأحد أن يدخل شيئاً من طرق المسلمين في داره، فإن فعل هدم ما يضر بالمسلمين من ذلك، وفي هدم ما لا يضر خلاف.

والسكة المنسدة الأسفل كالملك المشترك بين سكان السكة لا يجوز إشراع جناح إليها[3]، ولا فتح باب جديد فيها إلا برضاهم.

ولو فتح باب دار له أخرى إلى داره التي في السكة المنسدة ليرتفق به، لا ليجعله كالسكة النافذة للناس يدخلون من باب ويخرجون من آخر لجاز دون جعله كالسكة النافذة. أما فتح الكوة للضوء والرواح فلا يمنع، ولتكن بحيث لا يصلها المتطلع. وأما المتطلع على الجار فيمنع.

وأما الجدار بين الدارين، فإن كان ملك أحدهما فلا يتصرف فيه الآخر إلا بإذنه، فإن استعاره لوضع جِذْعِهِ لم تلزمه الإعارة وإن كانت مندوباً إليها، فإن أعار فليس له أن يرجع عن ذلك إلا لحاجة تعرض له بجداره تلجئه إلى ذلك الأمر لم يرد به الضرر.

وروي أنه ليس له أن ينتزعها طال الزمان أو قصر، احتاج إلى جداره أو استغنى / عنه، مات أو عاش، باع أو ورث. [٤٥/ب]

ويلحق بعارية الجدار في الندب كل ارتفاق طلبه جاره منه مما يقف على إذن الجار ولا يضر به فعله من فتح باب أو إرفاق بماء أو مختلف في طريق أو فتح طريق أو شبه ذلك.

وأما الجدار المشترك بين الجارين، فلكل واحد منع صاحبه من

---

(١) ساباط.

(٢) وإنما: سقطت من الأصل.

(٣) في الأصل: شراع لجناح إليهما.

الانتفاع دون رضاه، فإن تنازعا في قسمته[1] أُجْبِرَ عليها من أباها.

وقال أصبغ: لا يقسم بينهما إلا عن تراض منهما.

وإذا حدد بالتراضي أقرع على القسمين، فإذا طلب أحد الشريكين العمارة فيما لا ينقسم، قيل لمن أباها: إما أن تعمل معه أو تفارقه، أو تبيع ممن يعمل، وإلا بعنا عليك من حقك بمقدار ما به يعمل باقي حقك، ولا يمنع شريكك من النفع بحظه بهذا الضرر.

وأما ما ينقسم فيقسم بينهما.

وعلى الجار أن يأذن لجاره في دخول داره لإصلاح حائطه أوطره.

واختلف في الحائط بين الرجلين يحتاج إلى الإصلاح أو ينهدم، فيأبى أحدهما الإصلاح؟.

قال سحنون: فمن أصحابنا من قال: يجبر عليه، ومنهم من قال: لا يجبر عليه، ويصلح من أراد في حقه.

وإن هدمه أحدهما، فروى عيسى عن ابن القاسم أن عليه أن يرده إن كان هدمه [على الضرر، وإن كان هدمُه][2] لإصلاح فعجز عنه، أو انهدم من غير أن يُهدَم فلا يجبر على بنيانه، ويقال للجار: استر دارك[3] إن شئت.

وقال سحنون من رواية العتبي: يُجبر على بنيانه كما كان.

وروى يحيى عن ابن القاسم أنه يُجبر على بنيانه، كان هو هادمه أو انهدم من غير هادم، إذا كان قوياً على بنيانه، وإذا كان ضعيفاً عنه لم يجبر.

---

(١) في الأصل: قسمة.

(٢) على الضرر وإن كان هدمه: ساقط من الأصل.

(٣) في الأصل: جارك.

وإذا انهدم السفل والعلو، فلصاحب العلو إجبار صاحب السفل على أن يبني أو يبيع ممن يبني، حتى يبني رب العلو علوه، وكذلك أن يبيع ذلك من رجل على أن يبنيه فامتنع المشتري أيضاً من البناء أجبر على أن يبني أو يبيع من يبني.

وكذلك لو كان فوق العلو علو آخر لوجب على صاحب العلو الذي دونه البناء حتى يبني الأعلى.

وإن اعتلّ السفل فإصلاحه على صاحبه، وعليه تعليق العلو حتى يصلح السفل إلا أن عليه أن يحمله على بنيان أو تعليق.

وكذلك لو كان على العلو علو فتعليق الأعلى على صاحب الأوسط في إصلاح الأوسط، وعلى ربّ السفل الخشب والجرين[1].

وقال أشهب: عليه باب الدار.

قال ابن القاسم: والسلّم بينهما على صاحب السفل إن كان له علو إلى أن يبلغ به علوه، ثم على صاحب العلو الأعلى ما أدرك العلو الأول إلى علوه.

وقال الشيخ أبو محمد: وأعرف لبعض أصحابنا أن على صاحب السفل بناء السلم إلى حد العلو، فإن كان عليه علو آخر فعلى صاحب العلو الأول من بناء السلم من[2] حد علوه إلى أن يبلغ به سقف علوه الذي عليه علو الآخر.

ومن له حق إجراء الماء على سطح غيره فالنفقة على السطح على مالكه دون من له حق المسيل الحائل بين السفل والعلو لصاحب السفل، ويجوز لصاحب العلو الجلوس عليه إذ له حق الانتفاع به.

(١) الجرين: موضع البر، وقد يكون للتمر والعنب وهو أيضاً بيدر الحرث. والجرين: يطلق على موضع تجفيف التمر، وهو له كالبيدر للحنطة (اللسان: جرن).

(٢) من: سقطت من س.

ويجوز بيع حق الهواء لإشراع[1] جناح من غير أصل يعتمده البناء.

ويجوز بيع حق مسيل الماء ومجراه، وحق الممر، وكل الحقوق المقصودة على التأبيد.

وإذا كان لرجل سفل دار ولآخر علوها، فقال أشهب وابن عبد الحكم على صاحب الأسفل كنس مرحاض السفل دون صاحب العلو وإن كان لصاحب العلو حق الانتفاع به.

وقال ابن وهب وأصبغ: كنسه عليهما على عدد الجماجم.

وليس لصاحب العلو أن يزيد في بنيان العلو شيئاً، ولا له أن يرفعه.

وإذا كانت الرحى بين أشراك فانهدمت فأقامها أحدهم إذ أَبى الباقون موافقته وعادت إلى حد الغلة، فقال ابن القاسم: الغلة كلها للذي أقامها، وعليه لأصحابه أجرة أنصبائهم خراباً.

وقال ابن الماجشون: الغلة بينهم على الأنصباء، ويستوفي المنفق من أنصبائهم ما أنفق.

قال ابن دينار وابن وهب: يكون شريكاً بما زاد عمله مع جزئه المتقدم في غلة الرحى، ويكون له أجر ما أقام في حصص أصحابه.

[٤٦/ أ] قال عيسى: وتفسير ذلك أن تقوّم الرحى غير معمولة / فيقال عشرة، وتقوّم بعد العمل فيقال: خمسة عشر، فيكون ثلث الغلة للعامل وثلثاها بينه وبين شريكه، على الذي يعمل ما ينوبه من أجر العمل في قيامه بغلتها، ثم إذا أراد الذي لم يعمل أن يعمل أن يدخل مع الذي يعمل في الرحى أعطاه ما ينوبه من قيمة ذلك يوم يرفع ذلك إليه.

وقال يحيى بن يحيى مثل ذلك كله.

قال: وقد سمعت ابن القاسم يقول مثل ذلك.

---

(١) في الأصل: لإصلاح.

الفصل الثالث

في التنازع

وفيه ثلاث مسائل:

الأولى: إذا ادعى رجل على رجلين داراً، فكذبه أحدهما وصدقه الآخر فصالح المصدق على مال، فأراد المكذب الأخذ بالشفعة فله ذلك.

الثانية: تنازعا جداراً حائلاً بين ملكيهما، فصاحب اليد منهما من كان إليه وجه الجدار أو الطاقات ومعاقد القمط، أو كان[1] له عليه جذوع دون صاحبه. فإن لم يكن إلى أحدهما شيء من ذلك، أو كان إليهما جميعاً فهو بينهما لأنه في أيديهما.

وكذا راكب الدابة مع المتعلق بلجامها، الراكب مختص باليد.

وكذا لو تنازع صاحب العلو وصاحب السفل في السقف لكانت اليد لصاحب السفل، لأنه على ملكه كالحمل على الدابة يدعيه مالكها وأجنبي، ولأن البيت إنما يكون بيتاً بسقفه، ولأن الناس لا يسكنونه إلا مسقفاً.

الثالثة: سفل الدار بيد رجل وعلوها بيد آخر، وطريقه في ساحة السفل، فادعى كل واحد منهما أن الدار له، فقال أشهب: الدار كلها لصاحب السفل إلاّ العلو وطريقه فهو لصاحب العلو، بعد أيمانهما أو نكولهما، فإن نكل أحدهما قضي للحالف منهما.

(١) في الأصل: إن كان.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً[1]

كتاب الحوالة

ومعناها: تحويل الدين من ذمة إلى ذمة تَبْرَأُ بها الأولى، ما لم يكن غرورٌ[2] من غَيب الثانية وتشتغل الثانية.

وهي معاملة صحيحة، لقوله ﷺ: «مطل الغنيّ ظُلمٌ»، وإذا أُتبع أحدكم على مليّ فليتبع». رواه مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة[3]. ورواه سفيان الثوري بالإسناد المذكور أيضاً. وقال فيه: (إذا أحيل أحدكم على غني فليستحل)[4].

والنظر في شروطها[5] وحكمها.

---

(١) لم ترد البسملة والتصليه في س.

(٢) في الأصل: غروراً.

(٣) الموطأ، كتاب البيوع، جامع الدين والحِوَل (تنوير الحوالك: ٢/ ٨١). وأخرج البخاري بسند آخر عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ «مطل الغني ظلم». الاستقراض وأداء الديون باب مطل الغني ظلم. وأخرجه البخاري ـ أيضاً ـ من طريق مالك في كتاب الحوالة: (٤/٤٦٤)، ومسلم حديث رقم ١٥٦٤ من طريق مالك بالإسناد المذكور. ورواية سفيان الثوري أخرجها البخاري في الحوالة: باب ٢ (٤/٤٦٦) والترمذي في البيوع باب ٦٦ (٢/٣٨٦) بلفظ: مطل الغني ظلم ومن أتبع على مليء فليتبع.

(٤) في الأصل: فليحتل.

(٥) في الأصل: شرايطها.

أما الشـــروط[1] فثلاثة:

الأول: رِضى المستحقّ للدين والمستحَقّ عليه، وهما المحِيـل والمحال. أما المحال عليه فلا يُشترط رضاه، لأنه محل[2] التصرف.

ويشترط أن يكون على المحال عليه دين.

وقال ابن الماجشون: لا يشترط.

فتكـون حقيقتها عنـده تجويـز الضمـان بشـرط بـراءة الأصـل. ويلزمه، على قوله هذا، أن يعتبر رضا المحال عليه في هذه الحوالة، بل لا يتصوّر إلا كذلك.

ويتفرع على خلافهما [ما][3] إذا أحاله على من ليس له عليه دين، فأعدم المحال عليه، فإنه يرجع على المحيـل على قول ابن القاسم، ولا يرجع عليـه على قول ابن الماجـشون إلا أن يعلم أنه لا شيء له عليه، ويشترط عليه براءته من الديـن فيلزمه، ولا رجوع له عليه على القولين جميعاً.

الشرط الثاني: أن يكون الدين المحال به حالاّ.

ولا يشترط حلول الدين المحال عليه. وتصلح الحوالة على نجوم المكاتَب إن كانت الكتابة[4] حالة، ولم يشترط غير ابن القاسم حلولها؛ وكذلك الحوالة بالنجوم اشترط ابن القاسم حلولها أيضاً، ولم يشترطه غيره.

---

(١) في الأصل: الشرايط.

(٢) في الأصل: ضمن.

(٣) ما: سقطت من الأصل.

(٤) الكتابة والمكاتبة سواء، وهي مفاعلة مما لا يكون إلاّ بين اثنين لأنهـا معاقدة بين السيد وعبده، وعرفت شرعاً بـ(أن يكاتب الرجل عبده على مال يؤديه منجماً عليه، فإذا أداه فهو حر) (القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: ١٢/ ٢٤٤).

فـــرع: لو أحال المكاتِبُ سيّدَه على مكاتَبِه، جاز بشرط بتّ السيد عتق الأعلى عند ابن القاسم.

وقال بعض المتأخرين: لا يحتاج إلى شرط التعجيل، ثم إن عجز الأسفل كان للسيد رقًّا، لأن الحوالة كالبيع.

الشرط الثالث: أن يكون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدراً ووصفاً. فإن كان بينهما تفاوت يفتقر في أدائه إلى المعاوضة أو إلى الرضا دون المعاوضة لم يجز؛ وإن لم يفتقر، بل كان مما يجبر على قبوله جاز، كأداء الجيّد عن الرديء، فيتحول الأعلى إلى / الأدنى. وكذلك إن تحول عن الأكثر إلى الأقلّ. [٤٦/ ب]

أما حكمها فبراءة المُحيل من الدين المحال، وتحوُّل الحقّ إلى المحال عليه، وبراءة ذمة المحال عليه عن دين المحيل. فلو أفلس المحال عليه أو جحد لم يكن للمحال الرجوع على المحيل[١] إذا حصلت البراءة مطلقة، إلا أن يكون الإفلاس مقترناً بالحوالة وهو جاهل به مع علم المحيل به.

ولو أحال البائع على المشتري بثمن مبيع ثم ردّ عليه المبيع بعيب أو استحق، ففي انفساخ الحوالة قولان مشهوران:

فأشهب يفسخها به، على أن الحوالة ليست كالبيع.

وابن القاسم يمضيها، تقديراً لها كالبيع.

والحوالة متردّدة بين مشابهة المعروف والاعتياض.

التفريع: إن قلنا: لا تنفسخ، لم يسقط حقّ المحال وطلبه على المشتري إن كان لم يقبض منه ثمن السلعة الذي أحيل به عليه.

---

(١) س: إلى المحيل.

وإن قلنا بالفسخ، استرجع المحال عليه من المحال ما قبضه منه، ثم رجع المحال بالمسترجع منه على البائع.

قال الإمام أبو عبد الله: ومذهب أشهب هو اختيار محمد وغيره من الأشياخ المحققين.

فــرع في التنازع: وفيه مسألتان:

الأولــى: إذا جرى لفظ الحوالة وتنازعا، فقال أحدهما: أردنا به الحوالة، وقال الآخر: بل الوكالة. فقيل: القول قول مدعي الحوالة، نظراً إلى مقتضى اللفظ.

وقيـل[١]: قول مـدعي الوكـالة، نـظراً إلى تصـديق من يـدعي إرادة نفسه ونيّته[٢]، إذ هو أعلم بذلك.

وقال ابن الماجشون في المبسـوط فيمن تحول بدين له على رجل آخر، فقال المحيل[٣]: ادفعه إليَّ، لأنّي إنما وكلتك في قبضه وتسليمه إليَّ، وقال المحال: بل كنت استحققته عليك ديناً قبل الحوالة، إن المدعي لكونه حوالة إذا ادعى من ذلك ما يشبه صدق، وإلا كان القول قول المحيل.

وقال ابن القاسم في العتبيـة فيمن أحال رجلاً بدين له على رجل آخر فقال المحيل: إنما أحلتك على دين لي ليكون ذلك سلفاً عندك تردّه، وقال القابض: أخذته [عوضاً][٤] عن دين كان لي عليك: إن القول قول المحيل مع أنه ادعى أن هذه الحوالة كانت على غير ديْن يستحقه المحال.

---

(١) في الأصل: وقال، وهو تصحيف.
(٢) في الأصل: إرادة نفيه وقسمته، وذلك تصحيف.
(٣) فقال المحيل: سقطت من الأصل.
(٤) عوضاً: سقطت من الأصل.

قال الإمام أبو عبد الله: إذا تقرر هذا فإن قضى القاضي بأن القول قول المحال: إنني قبضت ما أستحق، فلا تفريع على هذا المذهب.

وإن حكم بأن القول قول المحيل فهل للمحال أن يرجع عليه؟ هذا حكم مما اختلف فيه العلماء.

ثم حكى قولين في نفي الرجوع وإثباته، وعلّل النفي بأنه معترف ببراءة ذمة المحيل بالحوالة وانتقال الاستحقاق إلى ذمة المحال عليه، وعلل إثبات الرجوع بأن غاية قول المحيل إقرار للمحال وهو يكذبه.

ثم قال الإمام: وعندي أن وجه هذا القول يلتفت إلى النظر فيمن كان له حق على رجل فجحده إياه، ثم عثر المجحود له الحق على مال للجاحد وصار في يده، هل له أن يأخذه قضاء عن حقه المجحود أم لا؟ فإن المحال يقول: إني، وإن اعترفت ببراءة ذمة المحيل من ديني فقد ظلمني في أخذ الدين الذي أبرأته بسببه، فإذا أقر لي بشيء أخذته عوضاً عما ظلمني فيه، وإن كنت أنا لا استحق عينه ولكن استحقه عوضاً عما غصبني إياه وجحدني فيه.

المسألة الثانية: إذا لم يجر لفظ الحوالة، ولكن أتى بلفظ يحتمل أن يراد به الحوالة، ويحتمل أن يراد به الوكالة، كما إذا قال من عليه الدين لمن هُوَ لَهُ: خذ الدين الذي لك عليَّ من الدين الذي لي على فلان، [ففلس فلان][1]، فقال ابن القاسم: للمحال أن يرجع على المحيل، ويقول له: إنما طلبته[2] نيابة عنك لا على أنها حوالة ابرأتك بها.

---

(١) ففلس فلان: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: إنما طلبت.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً[1]

كتاب الضمان

وهو الحمالة. ومعناها: شغل ذمة أخرى بالحق.

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول
في أركانها

وهي خمسة: / [٤٧/ أ]

[الركن][2] الأول: المضمون عنه:

ولا يشترط رضاه، لأنه يجوز لغيره أن يؤدي دينه بغير إذنه، ويصح الضمان عن الميت والمفلس.

الركن الثاني: المضمون له.

ولا تشترط معرفته، بل لو مات من عليه ديون لا يدري[3] كم

---

(١) لم ترد البسملة والتصلية في س.

(٢) الركن: سقطت من الأصل.

(٣) في الأصل: دين ولا يدري.

هي، وترك مالاً لا يُدرى كم هو أيضاً، فتحمل بعض ورثته بجميع دينه إلى أجل على أن يخلى بينه وبين ماله على أنه مهما فضل كان بينه وبين سائر الورثة على فرائض الله تعالى، وما نقص فعليه، فذلك جائز لأنه منه على وجه المعروف، وطلب الخير للميت والورثة، كان الذي تحمل به عن الميت نقداً أو إلى أجل.

ثم إن طرأ غريم لم يعلم به الابن فعليه أن يغرم له[1]، ولا ينفعه قوله: لم أعلم به، وإنما تحملت بما علمت.

الركن الثالث: الضامن.

ويشترط فيه صحة العمارة وأهلية التبرع.

ويصحّ ضمان الزوجة دون إذن الزوج في الثلث فدون.

ولا يجوز ضمان عبد، مأذون[2] ولا غير مأذون، ولا مدبّر[3]، ولا مكاتب، ولا أم ولد، بغير إذن السيد، [فإن أذن السيد][4] جاز، إلا في المأذون إذا كان مدياناً قد أحاط الدين به.

وقيل في المكاتب: لا يجوز فيه، وإن أجازه لأنه داعية إلى رقّه. وما ردّه السيد من ذلك لم يلزمهم وإن عتقوا، فإن لم يَرُدَّ ذلك حتى عتقوا لزمهم.

الركن الرابع: المضمون.

وشرطه أن يكون حقاً يمكن استيفاؤه من الضامن، أو ما يتضمن

(١) في الأصل: أن يغرم عليه.
(٢) أي المأذون له في التجارة.
(٣) المدبر هو المعتق بعد موت سيده. يقال: دبر السيد عبده تدبيراً: إذا أعتقه بعد موته. (المصباح: دبر).
(٤) فإن أذن السيد: سقطت من الأصل.

ذلك كالكفالة بالوجه لمن عليه مال، وأن يكون ثابتاً مستقراً، أو مآله إلى ذلك، فلا تصح الحمالة بالكتابة، لأنها ليست بدين ثابت مستقر، ولا تؤول إلى ذلك، ولأن العبد إذا عجز رق وانفسخت الكتابة.

ولا يجوز ضمان الجعل في الجعالة إلا بعد العمل.

ويجوز ضمان إبل الدية، كما يجوز الإبراء عنها.

وتجوز كفالة البدن، ممن وجب عليه الحق، وممن ادعى عليه، وإن لم تقم عليه البينة بالدين، إذ الحضور مستحق عليه.

ومعناها: التزام إحضاره وما اتبعت بعينه لم يجز أن يأخذ به كفيلاً، كان حاضراً أو غائباً، على صفة قريب الغيبة أو بعيدها، كما لا يجوز للبائع ضمان مثله إن هلك، ويخرج[١] الكفيل عن العهدة في ضمان البدن بتسليمه في المكان الذي شرطه، وإن كان عديماً، أراده المستحق أو أباه، إلا أن تكون دونه يد غالبة مانعة، فلا يكون سليماً، ويلزمه اتباعه في غيبته إن عرف مكانه، فإن هرب أو اختفى لزمه غرم المال، إلا أن يقول: لست من المال في شيء. وقيل: لا يلزمه شيء.

وإن مات المتكفل به لم يلزم الكفيل شيء، شرط أو لم يشترط.

وروي عن ابن القاسم في غير الكتاب: أنه يضمن إن مات الغريم، والحق حال، إذا مات غائباً بغير البلد.

وقال أشهب: لا يضمن شيئاً إذا مات الغريم، مات بالبلد أو بغيره.

قال ابن القاسم: وإن كانت حمالة مؤجلة فمات بغير البلد، فإن كان موته قبل الأجل بأيام كثيرة لو خرج وَرآه لجاء به قبل الأجل، فلا

---

(١) في الأصل: وبخروج، وهو تصحيف.

حمالة له عليه، ولا شيء عليه. وإن كان[1] لو طلب فخرج لم يأت به إلا بعد الأجل فهو ضامن.

ثم قال عنه عيسى: وإذا مات بعد الأجل ضمن، قربت الغيبة أو بعدت. قال ابن القاسم: وإن كنت قلت غير هذا فأطرحوه.

فـــروع:

الأول: قال ابن وهب: وإذا مات الغريم قضى على حميل الوجه بالغرم، ولا يضرب له أجل ليطلبه.

وقال أصبغ: يضرب له أجل خفيف [في][2] قريب الغيبة، كقول ابن القاسم.

الثاني: إذا أخذ بالغرم، فلم يقض عليه به حتى أحضره بريء، ولو كان قد حكم عليه بالمال بعد التلوم للزمه.

وقال سحنون: إن لم يغرم حتى أحضره بريء.

الثالث: إذا غرم بالحكم، ثم أصاب بينةً بموت الغريم قبل الحكم رجع بما أدى على الطالب، وسقطت الحمالة.

وإذا أخذ من الكفيل كفيل لزمه ما لزم الكفيل.

قال غيره: وكذلك إن أخذ من كفيل بالوجه كفيل بوجهه.

ولو حضر المكفول بنفسه، وأشهد: إني دفعت نفسي إليك براءة للحميل، لم يبرأ بذلك الحميل، وإن كان بموضع تنفذ فيه الأحكام حتى يدفعه الحميل بنفسه أو وكيله إلى الطالب، أو يوكله الحميل بذلك، فإن لم يفعل الطالب أشهد عليه، وكان / له بذلك براءة. [٤٧/ب]

(١) في الأصل: إن كان.

(٢) في: سقطت من الأصل.

ولو دفعه إليه في السجن في دم أو دين أو غيره برىء، ويكفيه أن يقول: قد برئت إليك منه، وهو في السجن فشأنك به.

ولا يشترط كون الدين معلوماً ولا متقدم الوجوب، بل لو كان قال لرجل: داين فلاناً وأنا ضامن لما تعطيه جاز ذلك، ولزمه ضمان ما يداين به مثلُه: وذلك مبنيّ على أصول ثلاثة: جواز ضمان الحق قبل وجوبه، وجواز ضمان المجهول، وحمل الإطلاق في ذلك[1] على العادة دون ما يخرج عنها.

الركن الخامس: الصيغة.

وهي[2] قوله: تحملت أو تكفلت أو ضمنت، وكل ما ينبني على اللزوم كقوله: أنا حميل لك أو زعيم أو كفيل أو ضامن أو قبيل، أو هو لك عندي أو عليّ أو إليّ أو قِبَلي، فذلك كله حمالة لازمة، إن أراد الوجه لزمه أو المال لزمه ما شرط.

وشرط الأجل في ضمان المال الحالّ جائز، إن كان الغريم موسراً بجملة الحق أو معسراً به، إذا أخره إلى أجل يرى أنه يوسر إليه أو لا يوسر، وإن كان مما يرى أنه يوسر في مثله فمنعه ابن القاسم، وأجازه أشهب.

وإن كان موسراً بالبعض، فدفع الحميل ليؤخره بالجميع لم يجز، ويجوز على أن يؤخره بما هو معسر به، ويقضيه ما هو موسر به. وكذلك إن كان بما هو موسر به خاصة ليؤخره به.

ولو ضمن المؤجل حالاً جاز إن كان الدين عيناً أو عرضاً من قرض، ولو كان من بيع لجاز أيضاً، إلا إذا قصد إسقاط الضمان.

---

(١) في الأصل: وبناء على ذلك.

(٢) في الأصل: وهو.

ولو علق الضمان بالموت لم يلزمه شيء إلا بعد الموت.

ولو علقه بعدم الوفاء من الأصيل تلوّم السلطان لـه، ثم ألزمـه المال، إلا أن يكون حاضراً مليّاً.

ولو تكفل بعضوٍ من بدنه أو بوجهه، فهي كفالة بالبدن.

ولو قال: أنا حميل بطلبه، أو على أن أطلبه، فليس عليه سوى ذلك، فإن أعجزه أو غلب عنه إلى موضع بعيد وليس من شأنه السفر إلى مثله لم يكن عليه شيء.

ولو قال: أنا حميل لـك ولم يذكر وجهاً ولا مـالاً جاز، فإن قال بعد ذلك: إنما أردت الكفالة بالوجه، لكان القول قوله.

وقيل: قـول خصمـه.

الباب الثاني
في حكم الضمان الصحيح

ولـه أحكـام:

الأول: تجدد مطالبة الكفيـل.

وله أن يطالبـه من غير انقطاع الطلبة عن المضمون عنه، وهو حاضر مليّ، فيتخيّر طلب أيهما شاء، على الرواية الأولى. وأما على الرواية الأخرى[1] وهي رواية ابن القاسم في الكتاب[2] فلا يؤخذ الحميل بالغرم إذا كان الذي عليه الدين حاضراً[3] مليّاً. وإنما يغرم إذا غاب أو فلس، ورأى فيها الكفالة موثقة كالرهن.

ولو كان غائباً مليّاً أو حاضراً مدياناً يخاف إن قام عليه المحاصّة، قال غير ابن القاسم: أو مُلِدّاً[4] ظالماً ـ، فله اتباع الحميل، إلا أن يكون للغائب مال حاضر يعدى فيه، فلا يتبع الضامن.

وقال غيره: ما لم يكن في تثبيت ذلك بعد فيؤخذ من الحميل.

ومهما أبرأ الأصيل برىء الكفيل، ولا يبرأ الأصيل بإبراء الكفيل.

(١) في الأصل: الأخيرة.

(٢) المدونة: ٥/ ٢٥٦ ـ كتاب الكفالة والحمالة ـ في أخذ الحميل بالحق والمحتمل به مليء غائب أو حاضر.

(٣) العبارة مضطربة في الأصل.

(٤) الألد: شديد الخصومة ـ واللدد: الخصومة الشديدة. لدّ، يَلدّ، لدَداً: اشتدت خصومته. (ابن الأثير، النهاية: ٤/ ٢٤٤ ـ لدد ـ الفيومى، المصباح: لدد).

فــرع: فإن كان الدين مؤجلاً، فمات الأصيل تعجل الطالب حقه من ماله. فإن لم يَدعْ مالاً لم يطلب الكفيل به، حتى يحلّ الأجل. ولو مات ملياً[1] والطالب وارثه، برىء الحميل، لأنه إن غرم للطالب شيئاً رجع بمثله عليه في تركة الميت وهي في يده، فصارت كمقاصة. وإن مات معدماً ضمن الكفيل. وإن مات الكفيل قبل الأجل فللطالب تعجيل الدين من تركته، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل، أو يموت فيرجع في تركته، وله محاصة غرماء الحميل أيضاً.

وروى ابن وهب أنه يؤخذ من تركة الحميـل ويوقف إلى الأجل، فإن كان الأصيل يومئذ مليّاً رجع ذلك إلى ورثة الكفيل، وإن كان عديماً أخذه الغريم.

قال يحيـى: هذه رواية سوء. وقالها عبد الملك.

وقال أشهب مثل قول ابن القاسم، وروايته[2].

الحكــم الثانــي: إن للكفيل إجبار الأصيل على تخليصه إذا طولب، وليس له ذلك قبل أن يطالب. ولا يلزم تسليم المال إليه / [٤٨/أ] ليؤديه، إذ لو هلك لكان من الأصيل.

الحكــم الثالــث: الرجــوع. ومن أدى دين غيره رجع عليه، كان الأداء بإذنه أو بغير إذنه. هذا إذا كان الدين لازماً للغير لا بد له من أدائه، وكان قصد الدافع بذلك فعل الخير والرجوع به، فإن فعل ذلك ليتسلط[3] عليه أو ليحبسه لعداوة بينهما أو لغير ذلك من الأمور الشبيهة بهـذا لم تكن له مطالبته ولم يُمكَّنْ منه.

---

(١) في الأصل: وليا، وذلك تصحيف.

(٢) وروايته: سقطت من س.

(٣) في الأصل: لتسلط.

ولو دفع عنه على وجه الحسبة لم يرجع عليه بشيء.

وحيث ادعى قصد الرجوع فالقول قوله، إلا أن يظهر خلاف ذلك، كما لو تحمل عن ميت مفلس يعتقد فلسه ثم ظهر له مال أو نحو ذلك.

فــرع: إذا صالح الكفيل رجع بالأقلّ من الدين أو قيمة ما صالح به، وكذلك لو سومح بحطّ قدر من الدين لم يرجع إلا بما بذل. هذا كله إذا أشهد المصالح على الأداء عن الغريم، فإن قصر في الإشهاد ولم يصدّق لم يرجع [وإن صدقه][1] المضمون عنه، ويرجع إن صدقه المضمون له، لأن إقراره أقوى من البينة مع إنكاره[2]، فإن شهد رجل وامرأتان رجع، وكذلك في شاهد واحد يحلف معه.

وبالجملة: فكلما أثبت الوفاء أثبت الرجوع.

---

(١) وإن صدقه: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: على إنكاره، وهو تصحيف.

الباب الثالث

في حمالة الجماعة بعضهم عن بعض وتراجعهم[1]

ومقصـــودهُ: بيان رجوع بعضهم على بعض.

وعقــده: أن من غرم ثم لقي غيره أخذه بحصته من الدين، ثم أخذ منه شطر ما بقي على من بقي، إذ هو شريكه في الحمالة عنه، ثم إن لقي الثاني ثالثاً آخذه بما ينوبه مما بقي من الدين، ثم بنصف ما بقي بعد ذلك لشريكه في الحمالة عمّن بقي، وحيث لقي أحدهم من ساواه في الغرم بالدين والحمالـة لم يأخذ منه شيئاً، وإن كان أدى بالحمالة أكثر ممَّا أدى رجع عليه بنصف الزائد. وهكذا أبداً حتى يستووا في الغرم.

ولنمثل بمسألة الكتاب[2] وهي: إذا اشترى ستة نفر سلعة بستمائة درهم، على أن بعضهم حميل عن بعض، وشرط أن يأخذ منهم من شاء بجميع حقه، فلقي البائع أحد الستـة فأخذ منه جميع المال، ثم لقي الغارم أحد الخمسة الباقين أخذه بنصيبه من الدين، وهو مائة، وبنصيبه من الحمالـة مِمَّا بقي بعد حصتهما وهو أربعمائة، وذلك مائتـان إذ هي بينهما، فإن لقي أحدهما ثالثاً أخـذه بما أدى عنه، وهو ما يخصه من المائتيـن التي أداها بالحمالـة وذلك خمسون، ثم يأخذ بنصف المائة

---

(١) وتراجعهم: سقطت من س.

(٢) المدونة: ٥/ ٢٦٢ ـ كتاب الكفالة والحمالة ـ في القوم يتحملون بالحمالة فيعدم المطلوب فيريد طالب الحق أن يأخذ من وجد من الحملاء بجميع الحق.

والخمسين الباقية لأنهما حميلان بها، فإن لقي الثالث[1] رابعاً أخذه بالخمسة والعشرين التي أداها عنه بالحمالة، ثم بنصف الخمسين الباقية لأنهما حميلان بها، فإن لقي الرابع خامساً أخذه باثني عشر درهماً ونصف درهم، وهي التي أداها عنه بالحمالة، ثم يأخذ منه نصف ما بقي، وهو اثنا عشر درهماً ونصف لأنهما حميلان بها، فإن لقي الخامس السادس أخذه بستة وربع، وهي التي أدى عنه بالحمالة، فإن لقي الأول هذا السادس أخذه بخمسين وهي التي تنوبه، لأن الباقي له مائتان على أربعة، هذا أحدهم، ثم أخذه بنصف ما بقي على الثلاثة، إذ هو شريكهم في الحمالة عنهم، ثم على هذا السبيل يجري الحكم في لقاء بعضهم لبعض.

---

(١) في الأصل: ثم إن لقي الثالث.

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً[1]

كتاب الشركة

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول
في أركانها

وهي ثلاثة:

الأول: العاقدان.

ولا يشترط فيهما إلا أهلية التوكيل والتوكل. فإن كل واحد منهما متصرف لنفسه ولصاحبه بإذنه.

الثاني: الصيغة الدالة على الإذن في التصرف، أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك، ويكفي قولهما[2]: اشتركنا، إذا كان يفهم المقصود منه عرفاً.

---

(١) البسملة والتصلية: لم تردا في س.

(٢) في الأصل: قولنا.

الثالث: المحل، وهو المال والأعمال.

[فأما المال][1] فعقد الشركة فيه بيع من البيوع، لأن كل واحد منهما باع نصف متاعه بنصف متاع صاحبه، وهو بيع لا تقع فيه مناجزة لبقاء يد كل واحد منهما / على ماله بسبب الشركة، لكن الإجماع منعقد على [٤٨/ب] إجازة الشركة بالدنانير من كلا الجانبين، أو الدراهم من كليهما، وهو إجماع على غير قياس. وفي القياس عليه خلاف، وأجازه ابن القاسم.

وقال محمد: إن الشركة بالطعامين إذا اتفقا في الكيل والصفة قياس على الدنانير. ومنع ذلك في الدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر، وفي الطعامين المختلفين.

وأما الشركة بالعرضين من صنف واحد[2] فهي جائزة قولاً واحداً.

ومنع مالك من الشركة بالطعامين من صنف واحد في إحدى الروايتين عنه، واختلف في تعليل ذلك، فقيل: إنه يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه، وقيل: لبعد الاستواء في الكيل والقيمة جميعاً.

ويشترط في الذهبين، أن يكونا متفقي الصرف، وإن اختلفت سكّتاهما. ولا يضر اختلاف العرضين، لا في الجنس ولا في القيمة، ورأس كل واحد[3] منهما ما قوّم به عرضه.

ولو وقعت الشركة بالعرضين فاسدة لكان رأس مال كل واحد منهما ما بيع به عرضه.

وتصح الشركة عند حضور المالين، وفي صحتها مع غيبة[4] أحدهما خلاف.

---

(١) فأما المال: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: من صفة واحدة.

(٣) كذا في النسختين، ولعل الصواب: ورأس مال كل واحد.

(٤) في الأصل: عند غيبة.

وكذلك الخلاف في الشركة بالعرض من جانب والعين من جانب على حسب قيمة العرض، لكن المشهور هاهنا الجواز.

ولا بد من خلط المالين مشاهدة أو حكماً، بأن يكونا في صندوق واحد [أو خرج واحد](1)، وأيديهما عليه، أو يجمعا تحت يد أحدهما أو يشتريا بهما.

وأما الأعمال فتجوز الشركة فيها، بشرط اتحاد العمل والمكان.

وقيل: لا يشترط اتحاد المكان.

وما(2) احتاج إليه من أداة كانت بينهما بالنسبة. وإن كانت لأحدهما، فله على الآخر حصته من أجرتها، إلا أن يتطوع ربها بها، أو تكون(3) تافهة فيجوز.

وكذلك إن كان بعض الآلات من عند أحدهما وبعضها من عند الآخر جاز، إذا تساويا في الأجرة.

ولا تصح شركة الوجوه، وهي في تفسير بعض أهل العلم: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه.

وقال القاضي أبو محمد في تفسير شركة الوجوه: هي مثال أن يشتركا على الذمة(4) بغير مال ولا صنعة، حتى إذا اشتريا شيئاً كان في ذمتهما، وإذا باعاه اقتسما ربحه، والشركة(5) على الصورتين [باطلة](6).

---

(1) أو خرج واحد: سقطت من الأصل.

(2) س: ومهما.

(3) في الأصل: وتكون.

(4) في الأصل: على الذمم.

(5) في الأصل: والمشترك، وهو تصحيف. وفي س: والشركتان.

(6) باطلة: سقطت من الأصل.



البَابُ الثَّانِي

في أحكامِهَا

وهـي خمسـة:

الأول: تسلط كل واحد منهما على التصرف، [إمّا][1] بأن يكون العمل منهما جميعاً ولا يستبدّ أحدهما دون الآخر، وتسمى شركة العنان؛ وإمّا بإطلاق كل واحد منهما للآخر التصرف، غاب صاحبه أو حضر في البيع والشراء والضمان والكفالة والتوكيل والقراض، فما فعل أحدهما من ذلك لزم الآخر إذا كان عائداً إلى تجارتهما. ولا يكونان شريكين إلا فيما يعقدان عليه الشركة من أموالهما دون ما يتفرد به كل واحد من ماله. وسواء كانا شريكين في كل ما يملكانه أو في بعض أموالهما، وتكون يد كل واحد منهما كيد صاحبه، وتصرفه كتصرفه، ما لم يتبرع فلا يلزم شريكه، إلا أن يكون شيئاً يسيراً يقصد به الاستيلاف، ويكون نظراً للتجارة، فيجوز عملهما، وتسمى شركة المفاوضة.

الحكم الثاني: توزيع الربح، وهو في شركة الأموال تابع لها، فتنقسم على قدر رؤوس الأموال من مساواة أو مفاضلة، وليكن العمل التابع للمال على نسبته.

فإن وقعت الشركة على التفاضل بين الأرباح وبين الأعمال ورؤوس الأموال سقط الشرط وفسد العقد، وكان الربح والخسران على قدر رؤوس الأموال، ولزم الترادُّ في العمل، فيرجع من قَلَّ رأس ماله على

---

(١) إما: سقطت من الأصل.

صاحبه بأجرة المثل في نصف الزيادة لأنه عقد جائز. فلو فضل أحدهما الآخر في قيمة ما يخرجه فإنما يسمح بذلك رجاء بقائه على الشركة معه، وذلك لا يلـزم فيصير غرراً.

وقيل: لأنه من باب الخطار والقمار.

[٤٩/أ] فعلى تقدير وجود الربح يضمن صاحب / المال القليل، وعلى تقدير عدمه يضمنه صاحب المال الكثيـر فيمنع بذلك.

الحكم الثالث: تأمين كل واحد منهما، فيكون القول قوله فيما يدعيه من تلف أو خسـران ما لم يظهر كذبه.

فإن اتهم استحلف، فإن قال[١]: ابتعت سلعة وهلكت، صدّق، والقول قوله فيما اشترى، قصد به نفسه أو مال الشركة، فإن قال: كان هذا المال من مال الشركة فخلص لي بالقسمة، فالقول قول شريكه في إنكار القسمة.

الحكم الرابع: إلغاء نفقتهما، كانا في بلد أو في بلديـن وإن اختلفت الأسعار فيهما. وقيل: ذلك إذا كانا في غير أوطانهما، كانا ذوي عيال أو لا عيال لهما، فإن كان لأحدهما عيال وولد دون الآخر حسب كل واحد نفقته. وما ابتاع أحدهما مما يلغى من طعام أو كسوة له أو لعياله، فللبائع أن يتبع بالثمن أيهما شاء، إلا ما لا يتبدل من الكسوة، كوشي أو قصبي ونحوه، فهذا لا يُلغى[٢].

الحكـم الخامس: انقطاع التصرف بموت أحدهما إلا بإذن وارثه لانقطاع الشركة بموته.

---

(١) في الأصل: فلو قال.

(٢) فقرة الحكم الرابع، كلها مطموسة في س.

البَابُ الثَّالِثُ
فِي التَّنَازُع

وفيـه فصـلان[1]:

الفصــل الأول
فـي النزاع بيـن الشريكيـن

والأصل في المتفاوضين أن جميع ما بأيديهما على ما تشهد به البينة من الأجزاء، فإن لم يعين[2] جُزْءاً حمل على النصف، حتى يثبت خلافه. فلو تنازعا شيئاً بيد أحدهما، فقال صاحب اليد: هو لي؛ وقال شريكه: بل هو مال[3]الشركة؛ كان القول قول مدعي الشركة فيه، حتى يقيم صاحب اليد بيّنة أنه له، بإرث أو هبة أو صدقة عليه، أو كان له قبل التفاوض ولم يفاوض عليه، فيكون له حينئذ خاصة؛ والمفاوضة فيما سواه قائمة.

ولو ابتاع أحدهما عبداً معيباً فكرهه الآخـر لزمهما، وكذلك لو ردَّ أحدهما عبداً معيباً ورضيه الآخر لزمهما جميعاً، كابتداء عبد معيب.

ولو اشترى أحدهما من المال جارية لنفسه وأشهد على ذلك، خُيِّرَ شريكه بين أن يجيز له ذلك أو يردها في الشركة، ومن فعل ذلك منهما فهو كمقارض أو مبضع معـه إذا تعدى في الشراء، لا كمودَع.

ولو وطىء أحدهما جارية من مال الشركة، فقال ابن القاسم: يخيَّر الشريك بين التقويم وبين مقامها[4] بينهما.

(١) س: فصول.

(٢) يعين: سقطت من س.

(٣) في الأصل: المال.

(٤) في الأصل: بين التقويم وبقائها.

وقال محمد: يتقاومان(١)، [إذ المراد الوطء.

فأما](٢) إذا وطىء أحدهما فقد لزمته القيمة إن شاء شريكه. وأما إن حملت فلا بد من القيمة، شاء شريكه أو أبَى.

وليس لأحدهما الدخول مع الآخر فيما اشتراه لأهله من مؤونة أو كسوة وعليه دخلا.

ولكل واحد منهما أن يبيع ويبتاع بالدين، ولا كلام للآخر في ذلك [ما](٣) لم يحظر عليه.

الفصل الثاني
في نزاعهما مع غيرهما

ومهما قضى الغريم أحدهما برىء وإن كان غير الذي عامله؛ وكذلك إذا رد له ما أودعه شريكه من مال الشركة. وللبائع أن يتبع أيهما شاء بالثمن أو بالقيمة في فوت(٤) البيع الفاسد، وله ذلك وإن افترقا قبل حلول أجل دينه عليهما إذا حل يتبع أيهما شاء، مَن عامله أو غيره، وإن قضى أحدهما بعد الافتراق، وهو عالم به، لم يبرأ من حصة الآخر، ولو لم يكن عالماً لبرىء منهما جميعاً.

ولو ابتاع من أحدهما عبداً، فظهر على عيب قديم، فله الرد بالعيب على الآخر، إن كان الذي باع منه غائباً بعيد الغيبة، بعد البينة أنه ابتاع منه بيع الإسلام، وعهدته.

قال أبو بكر بن اللباد: وأنه نقده الثمن.

---

(١) في الأصل: يتقاويان، وهو تصحيف.

(٢) إذ المراد الوطء فأما: ساقط من الأصل.

(٣) لعلها سقطت من الأصل.

(٤) في الأصل: في يوم.

وإن كانت غيبة قريبة لانتظر، لعل أن تكون له حجة.

ولو أقر أحدهما بعد الافتراق بدين لزمهما في أموالهما، عند سحنون.

ولزم المقر حصته عند ابن القاسم.

ولو أقام الحر منهما بينة أن مائة من المال كانت بيد الميت فلم توجد، ولا علم مسقطها، فإن قرب موته قبضها بحيث لا يظن به إشغالها في المال فهي في حصته، وإن تطاول ما بين قبضه لها وموته / فلا [٤٩/ب] تلزمه.

قال محمد: ولو أشهد شاهدين على نفسه بأخذه المائة لم يبرأ منها إلا بشاهدين أنه ردها، طال ذلك أو قصر.

وأما إن كان إقراراً من غير قصد الإشهاد، فكما ذكر ابن القاسم من طول المدة وقصرها.

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً[1]

كتاب الوكالة

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول

في أركانها

وهي أربعة:

[الركن][2] الأول: ما فيه التوكيل، وله شرطان:

الأول: أن يكون قابلاً للنيابة، وهو مالا يتعين لحكمه مباشرة، كأنواع[3] البيع والحوالة والكفالة والشركة والوكالة والمضاربة [والمصارفة][4] والجعالة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح وسائر العقود والفسوخ.

---

(١) البسملة والتصلية: لم تردا في س.

(٢) الركن: سقطت من الأصل.

(٣) كأنواع: طمست في س.

(٤) والمصارفة: سقطت من الأصل، وأضيفت في س بالهامش.

ولا يجوز التوكيل في العبادات، إلا في المالية منها كأداء الزكاة، وفي الحج على خلاف فيه.

ولا تجوز في المعاصي كالسرقة والغصب والقتل العدوان، لأنها باطل وظلم، بل أحكامها تلزم متعاطيها.

ويلتحق بفن العبادات الأيمان والشهادات واللعان والإيلاء من الأيمان فلا تجوز الوكالة فيها، وكذلك الظهار لا تجوز الوكالة فيه، لأنه منكر من القول وزور.

ويجوز التوكيل بقبض الحقوق واستيفاء الحدود والعقوبات.

ويجوز التوكيل بالخصومة في الإقرار والإنكار، برضى الخصم وبغير رضاه، في حضور المستحق وفي غيبته.

فـرع: لو قال لوكيله: أقرّ عنّي لفلان بألف دين، فهو بهذا القول كالمقرّ بالألف. قاله الإمام أبو عبد الله، واستقرأه من نص بعض الأصحاب.

الشرط الثاني: أن يكون ما به التوكيل معلوماً في الجملة، ويستوي كونه منصوصاً عليه أو داخلاً تحت عموم اللفظ، أو معلوماً بالقرائن أو بالعادة. فلو قال: وكلتك، [أو أنت وكيلي أو فلان لم يجز، حتى يفيد التفويض أو التصرف في بعض الأشياء.

ولو قال: وكلتك][1] بما إليّ من تطليق نسائي وعتق عبيدي وبيع أملاكي جاز.

ولو قال: وكلتك بما إليّ من قليل أو كثير جاز، واسترسلت يد الوكيل على جميع الأشياء، ومضى فعله فيها إذا كان نظراً، لأنه إذا فعل

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

غير النظر فكأنه معزول عنه بالعادة، إلا أن يقول له: افعل ما شئت، كان نظراً أو غير نظر. وأما إن قيّد بالتصرف في بعض الأشياء دون بعض فالرجوع في ذلك التقييد إلى مقتضى اللفظ والعادة.

ولو قال: اشتر لي عبداً، جاز.

ولو قال: عبداً تركيًّا، فأولى بالجواز.

والتوكيل بالإبراء لا يستدعي علم الموكل بمبلغ الدين المبرإ عنه، ولا علم الوكيل، ولا علم من عليه الحق.

ولو قال: بع بما باع به فلان فرسه، فالعلم بما باع فلان مشترط في حق الوكيل، لا في حق الموكل.

ولو قال: وكلتك لمخاصمة خصمائي، جاز وإن لم يعيّن.

الركن الثاني: المُوَكِّلُ.

وكل من جاز له التصرف لنفسه جاز له أن يستنيب فيما تجوز النيابة فيه لأجل الحاجة إلى ذلك على الجملة.

وكذلك حكم الوكيل، وهو: **الركن الثالث**: فإنه من جاز له أن يتصرف لنفسه في الشيء جاز له أن ينوب فيه عن غيره إذا كان قابلاً للاستنابة.

هذا هو الأصل، إلا أن يعرض ما يمنع من توكيل شخص فلا يوكّل.

وقد نص في الكتاب على منع توكيل الذمي على سلَم أو بيع أو شراء، أو يستأجره على قضاء أو يبضع معه، وكرهه ولو كان عبداً له.

قال الإمام أبو عبد الله، وما ذلك إلا لأنه [قد][1] يغلظ على

(١) قد: سقطت من الأصل.

المسلمين الذين وكل عليهم في التقاضي، ويستعلي عليهم قصد الإذلال لهم؛ ولا يجوز للمسلم أن يعينه على ذلك.

قال الإمام: وأما البيع والشـراء فلئلا يأتيه بالحرام.

ولهذا منع أن يعامل الذمي قراضاً[1] لأنه يتخوف منه أن يعامل بالربا، وبما لا تحل المعاوضة به.

وقد قال محمد: إن نزل هذا تصدّق المسلم بالربح.

[٥٠/أ] قال الإمام: وهذا / الذي قاله محمد إنما يخلص مما يتخوف من الحرام، بأن يكون ما فعله الذمي من الربا، فيتصدق بما زاد على رأس المال لقوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[2].

قال: وأما لو وقع بيـع الوكيـل الذمي أو المقـارض الذمي في المعاوضة بخمر أو خنزير، وأتى الموكل بأثمان ذلك فإنه يتصدق بجميع ما أتى به، لأن العوض كله ثمن خمر أو خنزير، وذلك حرام كله، وفي الربا إنما الحرام[3] الزيادة.

ومن الموانع على التوكيل العداوة، فلا يوكّل العدوّ على عدوّه.

الركـن الرابـع: الصيغة الدالة على معنى التوكيل، أو ما يقوم مقامها في الدلالة عليه. ثم لا بد من القبول، فإن وقع على الفور فلا خفاء

---

(١) قال أبو عبد الله الرصاع: قد وقع في السلم الثاني (يعني من المدونة): لا أحب لمسلم أن يدفع مالاً قراضاً لذمي، فظاهرها (أي المدونة) الجواز على كراهة؛ لكن الشيخ (ابن عرفة).. قال: يجب حملها على الحرمة (الرصاع على حدود ابن عرفة: ٣٨٥).

(٢) البقرة: ٢٧٩.

(٣) في الأصل: إنما يحرم.

بصحة العقد، وإن تراخى بالزمان[1] الطويل، فقال الإمام أبو عبد الله: قد يتخرج عندي على الروايتين في قول الرجل لزوجته: اختاري، أو قوله: أمرك بيدك، فقامت من المجلس ولم تختر، ثم قال: والتحقيق في هذا يرجع إلى اعتبار القصد[2] والعوائد، هل المراد في هذه الألفاظ استدعاء الجواب فوراً، فإن تأخر سقط حكم الخطاب، أو المراد استدعاء الجواب معجلاً أو مؤجلاً.

(١) في الأصل: في الزمان.

(٢) في الأصل: المقصود.



الباب الثاني

في حكم الوكالة الصحيحة

وله ثلاثة أحكام:

الأول: صحة ما وافق من التصرفات، وفساد ما خالف منها لفظاً أو عادة، مما يعود بنقص[1]؛ فأما إن خالف ما يعود بزيادة فقولان بناهما الشيخ أبو الطاهر على شرط ما لا يفيد، هل يلزم الوفاء به أم لا؟.

وتعرف الموافقة باللفظ تارة، وبالقرينة أو العادة أخرى.

وبيان ذلك بصور سبع:

الأولى: إذا قال: بع مطلقاً، فلا يبيع بالعرض ولا بالنسيئة، ولا بما دون ثمن المثل إلا قدراً يتغابن الناس بمثله. ويجوز له أن يبيع ويشتري من أقاربه وغيرهم إذا لم يُحَابِ، وليس له أن يبيع من نفسه أو ولده أو يتيمه، ولا أن يشتري. وقيل: له ذلك. ثم حيث قلنا: إن ذلك له بمطلق الإذن، أو أذن له فيه، فإنه يتولى طرفي العقد إذا باع أو اشترى من نفسه أو ولده الصغير أو يتيمه، كما في تولي ابن العم طرفي النكاح، وتولي من عليه الدين استيفاءه من نفسه بالوكالة. ويَطَّرد في الوكيل من الجانبين في عقد النكاح والبيع، كما إذا كان وكيلاً من جهة

---

(١) في الأصل: بنقض.

الموجب والقابل جميعاً. وإن أذن له في البيع إلى أجل مقدر جاز. وإن أطلق فالعرف يقيّده بالمصلحة.

ولو قال له: اشتر لي ثوباً أو خادماً، فاشترى ما يصلح للموكل للزمه.

وإن اشترى ما لا يليق به، فقال ابن القاسم: لا يلزمه.

وقال أشهب: يلزمه.

ثم مهما أعلم أن الشراء للموكّل فالملك ينتقل إلى الموكل، لا إلى الوكيل.

الثانية: أن الوكيل لا يسلّم المبيع قبل توفية الثمن، فإن سلم ولم يشهد فجحد الثمن ضمنه، لتغريره به. ويملك المطالبة بالثمن وقبضه، لأنه من توابع البيع ومقاصده. والوكيل بالشراء يملك قبض المبيع.

وأما مطالبتهما بالثمن والمُثْمَنِ [فيخرج على ما نفصله.

وذلك أن الوكيل إذا لم يبيّن أنه وكيل كان مطلوباً بتسليم الثمن أو المثمن][1]، وكانت العهدة عليه. وإن بيّن أنه وكيل وصرح بأنه بريء من أداء الثمن أو المثمون لم يكن عليه أداء ولا عهدة.

وإن صرح بالالتزام فلا شك في إلزامه ما صرّح به؛ وإنِ لم يصرح بأحد الأمرين فإن كان العقد على شراء بنقد أو بيع به فالمنصوص في المذهب معاملته بالثمن أو المثمون.

الثالثة: إن الوكيل بالشراء إذا اشترى معيباً بثمن مثله وجُهل العيب وقع على الموكل، وكان للوكيل الردّ بضمانه لمخالفة الصفة؛ وإن علم

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

وقع عنه، ولم يكن له الردّ إلا أن يكون عيباً يسيراً وشراؤه بذلك نظر، فيلزم الأمر.

وإن كان بغير علم لم يقع عن الموكل، وإن جهل وقع عنه.

ثم مهما جهل الوكيل فله الردّ إلا إذا كان العبد معيباً من جهة الموكّل فلا رَدَّ للوكيل.

وقال أشهب: الموكل مقدم في الرد وإن كانت السلعة غير معينة، وله استرجاع السلعة بعد ردّ الوكيل لها إذا لم يمض / رده. [٥٠/ ب]

قال ابن القاسم: إلا أن يكون وكيلاً مفوضاً فله الرد، والقبول في جميع ما ذكرناه على الاجتهاد بغير محاباة. وحيث يكون الوكيل عالماً فلا رد له، ولا يلزم الموكل إلا أن يكون العيب يسيراً؛ فإن كان كثيراً ألزمه الموكل للوكيل إن شاء.

الرابعة: إن الوكيل بتصرف معين[١] لا يوكّل إذا كان ممن يلي ما وكل عليه بنفسه في العادة، إلا إذا أذن له فيه؛ ولو وكّل بتصرفات كثيرة وأذن له في التوكيل وكّل، وإن أطلق فله التوكيل [أبداً][٢] إن علم عجزه عن الانفراد بها أو عدم مباشرة مثله لمثلها عادة؛ ثم لا يوكّل إلا [أميناً][٣] رعاية للمصلحة.

فـــرع: إذا وكّل بإذن الموكّل ثم مات الوكيل الموَكل فقال الإمام أبو عبد الله: الأظهر أن الثاني لا يعزل بموت الأول، بخلاف انعزال الوكيل الأول بموت موكله، لأن توكيل الوكيل الأول كتوكيل موكله إذ تصرفه لازم لـه كتصرفه لنفسه. وذكر أن ابن القاسم وقع له ما يشير

---

(١) س: في معين.

(٢) أبداً: سقطت من الأصل.

(٣) أميناً: سقطت من الأصل.

ظاهره إلى ذلك وهو إمضاء تصرف من أبضع معه أحد الشريكين بعد مفاصلتهما.

الخامسة: يتبع مخصصات الموكل، فإن قال: بع من زيد، لم يبع من غيره، ولو خصص زماناً تعين. وإن خصص سوقاً تتفاوت فيه الأغراض تخصص. ولو قال: بع بمائة، فله أن يبيع بما فوقها، وليس له أن يبيع بما دونها بحال.

فرع: فإن باع بما دون ما سمى له فربّ السلعة بالخيار بين أن يمضي فعله أو يفسخه، فإن أمضاه أخذ الثمن، وإن فسخه، فإن كانت السلعة قائمة أخذها، وهل له أن يطالبه بما سمّى من الثمن أو بالقيمة[1]؟ قولان. وإن كانت فائتة طالبه بالقيمة إن لم يسمّ ثمناً؛ وإن سماه فهل له مطالبته بما سمّى أو بالقيمة؟ قولان، مبنيان على الخلاف فيمن أتلف سلعة وقفت على ثمن.

وهذا فيما عدا الربويات؛ فإن كان العقد على ربويّ بربويّ كعين بعين أو طعام بطعام؛ فهل له أن يرضى بفعله؟ قولان مبنيان على الخلاف في الخيار الحكميّ هل هو كالشرطيّ أم لا؟.

ولو قال الوكيل: أنا أتمّ ما نقصته، فهل له ذلك ويمضى البيع أم لا؟ قولان، أيضاً:

أحدهما: أن ذلك له، لأن مقصود الأمر قد حصل له؛

والثاني: أنه لا يلتفت إلى قوله، لأنه متعدّ في البيع، فيجب الردّ.

ولو قال: اشترِ بمائة؛ فله أن يشتري بما دونها، وليس له أن يشتري بما فوقها إلا باليسير[2] الذي تجري العادة بزيادة مثله كالدينارين والثلاث في المائة، وشبه ذلك.

---

(١) أو بالقيمة: سقطت من س.

(٢) في الأصل: في اليسير.

ويقبل قول الوكيل في ذلك، إن ذكره قبل تسليم السلعة أو قرب التسليم، ولا يصدّق في ذكره بعد الطول. فإن زاد كثيراً فالموكّل بالخيار بين إمضاء فعله أو ترك المشتري له.

ولو قال: بع بمائة نسيئة، فباع بمائة نقداً، أو قال: اشتر بمائة نقداً، فاشترى بمائة نسيئة؛ صحّ ذلك ولـزم الآمر. قـاله الشيـخ أبو محمد.

قال: وخالفني فيه[1] أبو بكـر بن اللباد، فـاحتججت عليه بـأن المبتاع لو عجل[2] الثمن المؤجل للوكيل لزمه قبوله.

ولو قال: بع بالدنانير، فباع بالدراهم، أو بالعكس، ففي اللزوم قولان، مأخذهما أنهما كنوعي جنس واحد أو جنسين.

ولو سلم له ديناراً يشتري بـه شـاةً، فاشتـرى به شـاتين، وباع إحداهما بدينار، وردّ الدينار والشاة؛ صحّ عقد الشراء والبيع، ولـزما بإجازة المالك. وقد فعل ذلك عروة البارقي[3] مع رسول الله ﷺ، فدعا له وشرى الشاة الأخرى[4].

وبيع إحداهما يخرّج على إجازة المالك تصرّف الغير في ملك، إذ رضي ذلك رسول الله ﷺ فمضى.

---

(١) في الأصل: فيها.

(٢) س: إن عجل.

(٣) عروة بن الجعد بن أبي الجعد البارقي صحابي ينسب إلى بارق، وهو جبل ينزله الأزد ـ سكن الكوفة ـ روى عنه الشعبي وسماك بن حرب وغيرهما وكان ممن سيّره عثمان إلى الشام. (أسد الغابة: ٣/ ٤٠٣ ـ مشاهير علماء الأمصار: ٤٨).

(٤) عن عروة البارقي في أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له شاة فاشترى له شاتين، فباع إحداهما بدينار، فأتى النبي ﷺ بدينار وشاة، فدعا له رسول الله ﷺ بالبركة ـ) أخرجه ابن ماجه ـ كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح ـ (السنن: ٢/ ٨٠٣ ـ رقم ٢٤٠٢).

ولو أمره أن يشتري [له][1] جارية على صفة بثمن معيّن، فاشترى جاريتين على الصفة [المعيّنة][2] بالثمن المحدود في الواحدة. فإن اشتراهما واحدة بعد أخرى، فالثانية لـه إن لم يُجِز المـوكّل عقـدَه، ويسترجع منه حصتها من الثمن.

وإن اشتراهما معاً في صفقة واحدة، فقال أصبغ: يلزمان الموكّل، ولم يقيّد جوابه.

[٥١/أ] وقال ابن المواز: إن كان قادراً على الإبراء / لم يلزم الآمر العقد، وإن كان غير قادر لزمه.

وقال غيرهما: يثبت الخيار للموكّل.

ثم اختلف القائلون بذلك في محله؛ فقال ابن القاسم: محلّه الثانية فقط، فيتخير في ردّها أو قبولها.

وقال ابن الماجشون: يتخير في قبولهما أو ردِّهما.

ولو قال له: بع بعشرة، فباع بالعشرة بغير إشْهَاد، ففي الإمضاء والرد قولان، مأخذهما النظر إلى أن الموافقة قد حصلت أو إلى أن المقصود أن لا ينقص من العشرة ويطلب الزيادة. قال بعض المتأخرين: ولو ثبت أحد القصدين لارتفع الخلاف.

السادسة: الوكيل بالخصومة لا يقرّ على موكّله، كما لا يصالح ولا يبرىء، إلا إن أذن له في ذلك كما تقدم. وليس للوكيل بالخصومة أن يشهد لموكله إلا إذا عزل نفسه قبل أن يخوض[3] ثم يشهد؛ وإن كان قد خاصم لم يقبل، لأنه يتّهم بتصديق نفسه. وإنما تكون الوكالة في

---

(١) له: سقطت من الأصل.

(٢) المعينة: سقطت من الأصل.

(٣) في الأصل بياض مكان يخوض.

الخصومة قبل الشروع فيها، فأما لو شرع[1] فيها لم يكن له أن يوكل، إلا أن يخاف من خصمه استطالة بسبب أو نحوه.

ثم حيث يجوز له وكالته، فليس له أن يعزله بعد الشروع.

وقال أصبغ: له أن يعـزله ما لم يستوف حجته.

قال أبو الوليد بن رشد: وإذا لم يكن له عزله، فليس له هو أن يعزل نفسه.

وإذا وكّل رجلين فلكّل واحد منهما الاستبداد، إلا أن يقصره على موافقة صاحبه.

وكما لا يفتقر إلى حضور الخصم في عقد الوكـالة لا يفتقر إلى حضوره في إثباتها عند الحاكم.

السابعة: إذا سلم إليه ألفاً، فقال اشتر شيئاً بعينه، فاشترى في الذمة ونقد الألف، صح. وإن قال: اشتر في الذمة، وسلم الألف، فاشترى بعينه، فكذلك وأولى بالصحة.

ثم الوكيل مهما خالف في البيع، وقف تصرفه على إجازة الموكل وردّه.

ومهما خالف في الشراء وقع على الوكيل إن لم يرضه الموكّل.

الحكــم الثانـي: الوكالة ثبوت حكم لأمانة الوكيل، لأن يده يد أمانة في حق الموكّل حتى لا يضمن ما تلف بغير تعد ولا تفريط، سواء كان وكيل الجعل أو بغير جعل؛ ثم إن سلم إليه الثمن فهو مطالب بـه مهما وكّل بالشراء، وإن لم يسلم إليه الثمن وأنكر البائع كونه وكيلاً طالبه به، وإن اعترف بوكالته فليس له مطالبته، ثم حيث طولب الوكيل رجع على الموكّل.

ولو وكل بشراء عبد فاشتراه وقبضـه فتلف في يده وخرج مستحقاً،

(١) في الأصل: فأما إن لم يشرع، وما أثبتناه من س.

فالمستحق يطالب الموكّل دون الوكيل. وكذلك الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن وتلف في يده فخرج المبيع مستحقاً، فرجع المشتري بالثمن على الموكّل دون الوكيل.

الحكم الثالث للوكالة: الجواز من الجانبين إذا كانت بغير أجرة، وهذا مقتضى قول القاضي أبي الحسن: إن للوكيل عزل[1] نفسه الآن.

واللزوم في قول بعض المتأخرين من جانب الوكيل بناء على لزوم الهبة وإن لم تقبض.

وإن كانت الوكالة بأجرة على سبيل الإجارة فهي لازمة من الطرفين، ويجب حينئذ أن يكون العمل معلوماً كما في الإجارة.

وإن كانت على سبيل الجعالة، فحكى الشيخ أبو الطاهر فيها ثلاثة أقوال: اللزوم من الطرفين، وعكسه وهو الجواز منهما، والتفصيل بأن يكون اللزوم من جهة الجاعل دون المجعول له.

وإذا فرعنا على القول بالجواز فينعزل الموكل له في حضرته وغيبته، ما لم يتعلق بوكالته حق يمنع العزل، كما إذا نشب معه في الخصومة أو وكله في قضاء[2] دين وجب عليه، ونحو ذلك. وهل ينعزل في الغيبة قبل بلوغ الخبر إليه أو بعده؟، في ذلك روايتان.

وينعزل بيع الموكل العبد الموكل في بيعه وبإعتاقه، وينعزل بعزله نفسه في حضور الموكل وغيبته على القول بالجواز.

وقيل: ليس له ذلك مع الغيبة.

وينعزل بموت الموكل.

---

(١) في الأصل: على، وهو تصحيف.

(٢) س على قضاء.

وقال مطرف: إن كان مفوضاً إليه فهو على وكالته حتى يعزلـه الورثة.

وإذا فرعنا على الأول، فمتى يعتبر العزلُ في حق من عامله؟.

في ذلك ثلاثة أقوال.

أحدها: اعتبار حالة الموت.

والثانية: اعتبار حالة العلم، فمن علم انفسخت الوكالة في حقه دون من لم يعلم.

ونزَّل / بعض المتأخرين هذين القولين على اختلاف الأصوليين في [٥١/ب] حكم النسخ، هل يكون من حال النزول أو من وقت البلاغ؟.

قال: والموت هاهنا كالنزول.

الثالث: اعتبار علم الموكل خاصة في حق من عامله، فتنفسخ في حقه بعلم الوكيل، ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله إذا لم يعلم الوكيل، ولكن من دفع إليه شيئاً بعد العلم بعزله ضمنه، لأنه دفع إلى من يعلم أنه ليس بوكيل.

الباب الثالث

في النزاع

وهو في ثلاثة مواضع:

الأول: في أصل الإذن وصفته وقدره.

والقول [فيه][1] قول الموكّل. فلو قال: وكلتني، وقال: ما وكلتك؛ فالقول قوله.

ولو اشترى جارية بعشرين، فقال: ما أذنت إلا بعشرة؛ حلف الموكّل وغرم الوكيل عشرين، أنكر البائع الوكالة أو اعترف بها.

ولو باع السلعة بعشرة، فقال ربّها: ما أمرتك إلا باثني عشر؛ فالقول قول الآمر إن لم تفت، فإن فاتت فالقول قول المأمور ما لم يبع بما يُسْتنكر.

ولو اشترى من يُعتَق على الموكّل وهو عالم بذلك ولم يعيّنه له الموكل، فلا يعتق على الموكّل. واختلف في عتقه على الوكيل، فقال يحيى بن عمر: يلزم المأمور ويسترقه، ويباع عليه في الثمن.

وقال أبو إسحاق البرقي: يعتق العبد، ويضمن المأمور الثمن للآمر[2]. فإن لم يكن له مال بيع العبد في ذلك أو بعضه، وعتق ما فضل منه، والولاء للآمر. وإن كان غير عالم صحّ البيع، وعتق على الموكل.

---

(١) فيه: سقطت من الأصل.

(٢) للآمر: سقطت من س.

الموضع الثاني: في التصرف المأذون فيه.

فإذا قال: تصرفتُ كما أذنت[1] لي من بيع أو غيره، فقال الموكل بعد: لم تتصرف، فالقول قول الوكيل لأنه أمين. ويلزم الآمرَ التصرفُ لأنه قد أقرّ بالوكالة.

وكذلك لو ادعى تلف رأس المال لكان القول قوله، لأنه ينبغي دفع الضمان عن نفسه.

وكذلك إذا ادعى ردّ المال، سواء كان بجعل أو بغير جعل.

ولو قال: قبضت الثمن وتلف في يدي، فالقول قوله إن ثبت القبض ببيّنة، أو صدَّقهُ الموكِل فيه؛ وإن لم يكن واحد منهما لم يبرأ الغريم من الدين، إلا أن يكون القابض وكيلاً مفوّضاً أو وصياً، فيبرأ باعترافه من غير بينة[2]، بخلاف الوكيل المخصوص، وفي كلا الوجهين لا غرم على الوكيل.

الموضع الثالث: إذا وكله في قضاء الدين فليشهد؛ فإن قصر ضمن بترك الإشهاد.

[وقيل: لا يضمن إذا كانت العادة ترك الإشهاد][3]. وكذا قَيِّم اليتيم لا يصدق في دعوى رد المال، قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[4].

ومن يصدق في الرد إذا طولب بالرد فليس له التأخير بعذر الإشهاد إذا تحقق الوكالة أو باشره المستحق.

(١) س: أذن.

(٢) س: بغير بينة.

(٣) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٤) النساء: ٦ وتمامها ﴿وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾.

ولمن عليه الحق بشهادة أن لا يسلّم إلى المستحق أو وكيله إلا بالإشهاد. وإن اعترف به، فإن كان في يده تركة فاعترف لإنسان بأنه وارث صاحبها، لا وارث له سواه لزمه التسليم، ولم يجز له تكليفه شهادة على أن لا وارث [له][1] سواه.

ولو اعترف أنه استحق[2] ألفاً عن جهة حوالة، ولكن خاف إنكار المحيل، فهو كخوفه إنكار الموكل.

ولو ادعى على الوكيل قبض الثمن فجحده، فأقيمت عليه بينة بالقبض، فادعى تلفاً أو رداً قبْل الجَحْد لم تسمع دعواه.

وقال محمد: الذي تبين لي أنه لو صرح بالإنكار، فقال: ما دفع إليَّ شيئاً؛ لغرم إذا قامت البينة أو أقرّ، وهو قول مالك وأصحابه فيمن عليه دين فدفعه أو وديعة ببينة [أو بغير بينة][3] فردها، وأشهد بينة بذلك فطولب فأنكر أن يكون كان له عليه دين أو قال: ما أودعتني شيئاً، ثم أقرّ أو قامت عليه بينة بأصل الحق فأخرج البراءة وفيها بينة عدول، فلا تنفعه شهادة البراءة، لأنه[4] كذبهم فجحد الأصل[5].

---

(١) له: سقطت من الأصل.

(٢) س: يستحق.

(٣) أو بغير بينة: سقطت من الأصل.

(٤) في الأصل: لأنهم.

(٥) الأصل: طمست في س.

كتاب الإقرار

وفيه أربعة / [أبواب][1]: [٥٢/أ]

الباب الأول

[في أركانه]

[الركن الأول] المُقِرّ

وهو ينقسم إلى مطلق ومحجور، فالمطلق ينفذ إقراره في كل ما يقرّ به على نفسه في ماله وبدنه.

والمحجور ستة أشخاص:

[أحدهم][2]: الصبيّ، وإقراره مسلوب قطعاً مطلقاً. نعم لو ادعى أنه بلغ الاحتلام[3] في وقت إمكانه لصُدِّق، إذ لا تمكن معرفته إلا من جهته.

الثاني: المجنون، وهو مسلوب القول مطلقاً.

الثالث: المبذر.

الرابع: المفلس، وقد تقدم ذكر هذين.

---

(١) أبواب: سقطت من الأصل.

(٢) أحدهم: سقطت من الأصل.

(٣) في الأصل: بالاحتلام.

الخامس: العبد. وإقراره مقبول بما يوجب عليه عقوبة.

ولو أقرّ بسرقه مال ووجب عليه القطع، لم يؤثر إقراره في وجوب المال عليه، إلا أن يكون مأذوناً فعليه الغرم، لأن إقراره بوصول الأموال إليه جائز[1]. ولو أقر بإتلاف مال وأكذبه السيد، لم يتعلق برقبته بل يطالب به بعد العتق، ولو كان مأذوناً فأقرّ بدين معاملة تعلّق بما في يده ولا يؤدي من كسبه. وكذلك لو أقر به[2] بعد الحجر، إلا أنه إن كان عليه دين قبل الحجر قدم على الدين المقرّ به بعد الحجر.

السادس: المريض، وهو محجور في الإقرار لمن يتّهم عليه من أجنبي أو وارث؛ وغير محجور عليه في الإقرار لمن لا يتهم عليه منهما؛ فالتهمة في حق الأجنبي بكونه صديقاً ملاطفاً، والمقرّ يورث كلالة.

وحكى القاضي أبو محمد في إقراره له روايتين:

إحداهما: ردّه.

والأخرى: قبوله وإخراجه من الثلث.

والتهمة في الوارث بأن[3] يكون قريباً، ومن معه بعيد، كالبنت مع ابن العم أو غيره من العصبة؛ فأما لو عكس فأقرّ لابن العم مع البنت لقبل[4] بنفي التهمة، إذ لا يتهم أن يزيد في نصيبه ويتهم أن يزيد في نصيبها.

ولو أقرّ بأنه كان وهب من الوارث في الصحة، لم يقبل، وحمل على الوصية.

---

(١) جائز: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: لو أقر بها.

(٣) في الأصل: أن.

(٤) في الأصل: نقبل.

ولو أقر بدين مستغرق فمات، وأقرّ وارثه عليه بدين مستغرق أيضاً للزم[1] إقرار الموروث لوقوع إقرار الوارث بعد الجحد. ولو أقرّ بعين ما في يده لشخص، ثم أقرّ بدين مستغرق سلم العين إلى الأول، ولا شيء للثانـي لأنه مات مفلساً.[2]

الركـن الثانـي: المُقَرّ له، وله شرطان:

أحدهما: أن يكون أهلاً للاستحقاق، فلو قال: لهذا الحجَر عليَّ ألف، بطل قوله.

وكذلك قوله: لهذا الحمار. ولو أقرّ لعبد لزمه كالحرّ. ولو أقر لصبيّ لا يعقل أو مجنون بشيء لزمه. ولو قال: اشتريت منه هذا العبد، أو استأجرته، أو وهبته مني، كان إقراراً بالعبد، وما نسبه إليه من الفعل باطل.

ولو قال: لحمل فلانة عليَّ ألف من هبة أو صدقة أو وصية قُبِل إن وضعته لستة أشهر[3] فأقل من يوم الإقرار، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر وزوجها مرسل عليها لم يلزمه ما ذكر من وصية وهبة وصدقة. فإن كان معزولاً عنها، فقد قيل: يجوز له الإقرار إذا وضعت لأربع سنين فدونها. ولو وضعت توأمين لكان المقرّ بـه بينهما نصفين، فـإن كان أحدهما ميّتاً كان الكل للحي منهما؛ ولو ولدت ولداً ميتاً بطل الإقرار. ولو أطلق فلم يذكر الجهة لزمه أيضـاً، ولو قيـل لـه: ممـاذا؟ فقال: أَقْرَضَنِيها، فهذا لا يمكن، ويعد منه ندماً ويلزمه الإقرار. ولو قال: أنا وصيّ أبيه عليه وترك مائة أو ألفاً فأكلتها، فالمائة [أو الألف][4] دين عليه. فإن وضعت ذكراً أو أنثى فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين. وإن

---

(١) س: تقدم.

(٢) س: مات بعد علم.

(٣) س: لأقل من ستة أشهر.

(٤) أو الألف: سقطت من الأصل.

كانت ذات الحمل زوجة فلها الثُّمن من ذلك؛ وإن ولدت ولداً ميتاً فالمال لعصبة الميت.

الشرط الثاني: أن لا يكذبه المقرّ له، فإن كذبه لم يسلّم إليه ويترك في يد المقرّ، فإن رجع المقر له فله ذلك، ثم لا رجوع للمقر له بعد ذلك إلا أن يعود المقر إلى الإقرار، فيكون للمقر له حينئذ التصديق [والأخذ][1].

الركن الثالث: المقرُّ به.

ولا يشترط أن يكون معلوماً، بل يصح الإقرار بالمجهول. ويشترط أن يكون المقرّ به في يد المقرّ حالة الإقرار أو قبله، فلو أقرّ لعبد بيد زيد أنه لعمرو لم يقبل إقراره على من هو بيده، لكن إن كان خرج من يد المقر قيل له: خلصه للمقر له، فإن تعذر عليه ذلك دفع له قيمته. وإن كان لم يدخل تحت يده لم يلزمه شيء. ولو كان إنما أقر بحرية عبد في يد غيره، ثم أقدم على شرائه بعد ذلك صح الشراء تعويلاً على قول صاحب اليد، ثم يعتق مؤاخذة له بما قدم من إقراره بحريته.

[٥٢/ب] وقال ابن الماجشون: لا يعتق / عليه.

وقال أشهب: إن تمادى على إقراره عتق عليه، وإلا فلا.

وقال المغيرة: يعتق عليه إن كان شهد بحريته، فردت شهادته لانفراده بها، ولا يعتق إن ردت لجرحته.

ثم حيث قلنا: يعتق، على أيّ هذه الأقاويل فلا يكون ولاؤه له، بل للذي زعم هذا أنه أعتقه.

---

(١) والأخذ: سقطت من الأصل.

الركن الرابع: الصيغة.

فإذا قال: لفلان عليَّ أو عندي ألف، فهو إقرار. وكذلك لو قال: أخذت منك، أو أعطيتني، فهو[1] إقرار.

[ولو قال المدعي: لي عليك ألف، فقال: زِنْ، أو خُذْ، أو حتى يأتيني وكيلي يزن لك، لم يكن إقراراً، وحلف][2]. قاله محمد بن عبدالحكيم.

قال: وكذلك لو قال: اجلس فانتقدها أو اتّزنها فهو كقوله: انتقد واتّزن، لأنه لم ينسب ذلك إلى أنه الذي يدفع إليه.

قال: ولو قال: اتّزنها مني أو ساهلني فيها لزمته، لأنه نسب ذلك إلى نفسه.

وقال في كتاب ابن سحنون: إذا قال له: أقضني[3] العشرة التي لي عليك فقال له: اتّزنها أو انتقدها، أو اقعد فاقبضها، فذلك إقرار. وكذلك قوله: اتّزن أو انتقد.

ولو قال: اتزنْ أو اتزنها، ما أبعدك من ذلك!، أو قال: من أي ضرب تأخذها؟ ما أبعدك من ذلك! فليس بإقرار.

ولو قال: لي عليك عشرة، فقال: بلى، أو أجل، أو نعم، أو صدقْتَ، أو أنا مقرّ لك أو لست منكراً له، فهو إقرار.

ولو قال: ليست ميسرة، أو أرسل رسولك يقبضها، أو انْظِرني بها، فكلّه إقرار.

ولو قال: أليس لي عليك ألف؟ فقال: بلى، لزمته. ولو قال: نعم، فكذلك أيضاً. ولو قال: اشتر مني هذا العبد، فقال: نعم، فهو إقرار بالعبد.

---

(١) س: فهذا.

(٢) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٣) في الأصل: اقض.

الباب الثاني

في الأقارير المجملة

وهـي سبعـة[1]:

الأول: إذا قال: لفلان عليّ شيء، يقبل تفسيره بأقلّ مما يتموّل، لأنه محتمل لكل ما ينطلق عليه شيء مما يُتموّل.

وفي كتاب ابن سحنون، فيمن أقرّ أنه غصب فلاناً شيئاً ولم يبينه، ثم قال: هو كذا؛ وقال الطالب: هو كذا، ولم يقل شيئاً؛ فالقول قول الغاصب فيما يذكر مع يمينه. وإن ادعى الطالب غير ذلك، فإن نكل الغاصب فالقول قول الطالب مع يمينه، فإن أبى المقرّ أن يسمي شيئاً أجبر على أن يبيّن ما أقرّ به، وإلا سجن حتى يـذكر شيئـاً ويحلف عليه[2].

ولو قال: له عليّ مائة درهم إلا شيئاً، لزمته أحد وتسعون.

ولو قال: عشرة آلاف إلا شيئاً، لزمه تسعة آلاف ومائة.

ولو قال: درهم إلا شيئاً، لزمته أربعة أخماس درهم.

قال عبد الملك: [والمعتبر في جميع مـا ذكرنـاه أن ما يحسن استعمال الاستثناء فيه يستعمل، وما بعده مشكوك فيه فلا يثبت][3].

---

(١) في الأصل: تسعة، وهو تصحيف، لأننا نجدها عند الذكر سبعة.

(٢) عليه: سقطت من س.

(٣) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

وكذلك لو قال: له عليّ مائة وشيء، اقتصر على المائة، لأن الشيء الزائد لا يمكن رده إلى تقدير كرد الشيء المستثنى يَبطل، إذ هو شك لا مخرج له.

ولو قال: له في هذه الدار حق، أو في هذا الحائط، أو في هذه الأرض؛ ثم فسّر ذلك بجزء من ذلك قُبِل كتفسيره، قليلاً كان أو كثيراً، شائعاً كان أو معيناً؛ ولو فسّره بغير ذلك، كتفسيره بهذا الجذع أو هذا الباب المركب[1]، أو هذا الثوب الذي في الدار، أو هذا الطعام، أو بسكنى هذا البيت، فقال سحنون مرة: يقبل تفسيره في جميع ذلك، ثم رجع، [فقال][2]: لا يقبل منه، وقد أثبت له حقاً في الأصل.

وكذلك الخلاف في تفسيره بثمرة هذه النخلة من الحائط، أو بأنه وهبه زراعة الأرض سنة، فالقولان لسحنون في جميع ذلك.

فأما لو فسّر في الحائط بنخلة بأرضها لقبل ذلك [منه][3].

ولو قال: إنما وهبتها له من غير أرض، فقولان.

وقال[4] محمد بن عبد الحكم: إذا أقرّ له[5] بحق في الدار وقال: أردت سكنى بيت منها اكتريته منها أو اسكنته إياه سنة، قُبل قوله مع يمينه.

قال: وكذلك لو قال: له حق في هذا الثوب، ثم قال: أجرته منه، أو أعرته شهراً، صدق مع يمينه.

قال: وأما لو قال: له حق من هذه الدار أو من هذا الثوب، لم يقبل منه حتى يقرّ بشيء من [هذه][6] الرقبة.

---

(١) في الأصل: المذكور.
(٢) فقال: سقطت من الأصل.
(٣) منه: سقطت من الأصل.
(٤) س: قال.
(٥) في الأصل: أنزله، وهو تصحيف.
(٦) هذه: سقطت من الأصل.

قال: فلو قال: له في هذه الدار أو في هذه الدنانير، أو قال: في هذا الطعام؛ كان محمل ذلك من الرقبة.

الثاني: إذا قال: له عليّ مال، ولم يذكر مبلغه، فليس عن مالك فيه نص.

وقال الشيخ أبو بكر: يقبل منه ما فسّر به، ولو قيراطاً أو حبة؛ ويحلف.

وقال ابن المواز: لا يقبل في أقل من نصاب الزكاة.

وقال القاضي / أبو الحسن: عندي أنه يجيء على مذهب مالك [٥٣/أ] أنه يلزمه ربع دينار، فإن كان من أهل الورِق، فثلاثة دراهم. ويقبل تفسيرهُ بالكلب وجلد الميتة والمستولدة.

ولو قال: عليّ مال عظيم، أو نفيس، أو كثير، فقال الشيخ أبو بكر: هو بمنزلة مال على التجريد.

وقال غيرهُ: تلزمه ثلاثة دراهم، أو ربع دينار.

قال القاضي أبو الحسن: الذي يقوى في نفسي أن تلزمه مائتا درهم إن كان من أهل الدراهم، أو عشرون ديناراً إن كان من أهل الذهب. وقاله سحنون وغيره في كتاب ابنه.

وحمله القاضي أبو محمد على وجهين آخرين من التأويل:

أحدهما: ألف دينار، وهو قدر الدية.

والآخر: ما زاد على النصاب.

فإن قال: أكثر مما لفلان على فلان، فما شهد به الشهود على فلان قُبِل تفسيره بما زاد عليه.

الثالث: إذا قال: له عليَّ كذا، فهو كالشيء، فلو قال: كذا درهماً، فقال محمد بن عبد الحكم: يلزمه عشرون درهماً.

وقال: فإن قال: كذا كذا درهماً، لزمه أحد عشر درهماً، وإن قال: كذا وكذا درهماً، لزمه أحد وعشرين درهماً.

قال سحنون: ما أعرف هذا، فإن كان هذا أقلّ ما يكون في اللغة هذا اللفظ فهو كما قالوه.

وكان يقول: القول قول المقرّ مع يمينه.

ولو قال: له عليّ كذا وكذا ديناراً ودرهماً، نُظِر إلى أقلّ ما يكون كذا وكذا من العدد، فيكون عليه نصفه دنانير ونصفه دراهم.

وفي القول الآخر القول قول المقرّ ويحلف.

ولو قال: له علي عشرة دراهم ونيّف، لكان القول قوله في النيّف، قلَّ أو كثر؛ وله أن يجعله أقلّ من درهم[1]، وإن شاء جعله[2] دانقاً فضة. وكذلك في نيّف وخمسين.

حكى الشيخ أبو إسحاق عن بعض الأصحاب: أنه إذا أقر له بعشرين ونيّف، أن النيف ثلثها، وكذلك بمائة ونيف، أو بدرهم ونيف، أنه يكون مقراً بمائة وثلثها وبدرهم وثلثه.

ثم اختار هو أن يكون القول في النيف قول المقرّ مع يمينه.

ولو قال: له عليّ ألف ودرهم، ولم يسمّ الألف من أي جنس هي، فقال القاضي أبو الحسن: لا يكون الدرهم الزائد تفسيراً للألف، بل يكون الألف موكولاً إلى تفسيره فيقال له: سمّ أيَّ جنس شئت، فإن قال: أردت ألف جوزة أو ألف بيضة، قبل منه وأحلف على ذلك، إن خالف المدعي وقال: هي كلها دراهم.

وكذلك لو قال: له علي ألفٌ وكُرٌّ[3] حنطة، أو ألف وجوزة، أو

(١) في الأصل: دراهم. (٢) في الأصل: وإن شاء قال.

(٣) الكُرُّ: مكيال عراقي يساوي ستين قفيزاً. (اللسان: كر).

ألف وبيضة أو ألف وعبد، أو ألف وثوب، لم يكن في جميع هـذا العطف تفسيراً للمعطوف عليه.

وفي كتاب ابن سحنون: إذا قال مريض أو صحيح: لفلان عليّ عشرة ونصف درهم ولم يبيّن ما العشـرة، فله عشرة دراهـم ونصف درهم. وكذلك قوله: مائة ودينار فعليه مائة دينار ودينار، إذا ادعى ذلك الطالب مع يمينه.

وإذا قال: له عليّ عشرة آلاف ووصيفة، فالقول قول المقرّ، فإن قال: أردت عشرة آلاف وصيفـة ووصيفاً، فهو كذلك، وإن قال: أردت عشرة آلاف درهم ووصيفاً، صدق؛ وإن ادعى الطالب غير ذلك من دنانير أو غيرها، كلف بالبيّنة، وإلا حلف له المقرّ.

وكذلك قوله: ألف وشاة؛ فإن قال: إنها ألف شاة أو ألف درهم أو أقفزة حنطة، فهو مصدق مع يمينه. وإن مات ولم يسأل صدق ورثته مع أيمانهم.

وإن قال: عليّ بضعة عشر، كان ثلاثة عشـر، لأن البضع من الثلاثة إلى التسعة.

ولو قال في وصيته: لفلان عليّ جلّ المائة أو قرب المائة أو أكثر المائة أو نحو المائة، أو مائة إلا قليلاً، أو مائة إلا شيئاً، فقال سحنون: [الذي عليه][1] أكثر أصحابنا: أن يُعطى من ثلثي المائة إلى أكثر، بقدر ما يرى الحاكم.

وقال بعضهم: يلزمه ثلث المائة.

وقال آخرون منهم: يلزمه النصف وشيء، وذلك أحد وخمسون.

---

(١) الذي عليه: سقطت من الأصل.

الرابع: إذا قال: عليَّ درهم[1] لزمه درهم: عشرة منه تعادل سبعة مثاقيل، وهي درهم الإسلام.

فإن فسر إقراره بالناقص في الوزن متصلاً، قُبل منه؛ وإن كان منفصلاً لم يقبل إلا إذا كان التعامل به غالباً.

وكذلك التفسير بالدراهم المغشوشة. ولو فسر بالفلوس لم يقبل بحال.

ولو قال: عليّ دراهم، لزمته ثلاثة دراهم.

وكذلك لو قال: دريهمات، [لأن التصغير][2] لا يؤثر في نقل المعنى عن أصله.

ولو قال: دراهم كثيرة، فقيل: يلزمه أربعة، وقيل: تسعة، وقيل: تلزمه: مائتا / دراهم. [٥٣/ب]

ولو قال: دراهم لا قليلة ولا كثيرة، للزمه أربعة.

ولو قال: عليّ من واحد إلى عشرة، لزمته عشرة، قاله سحنون.

وقال أيضاً: تلزمه تسعة.

قال: ولو قال: ما بين درهم إلى عشرة، كان عليه تسعة.

وقال أيضاً: تلزمه عشرة.

وقال أيضاً ثمانية.

ولو قال: عشرة في عشرة، سئل المقرّ، فإن قال: أقرضني عشرة في عشرة أو في عشرين، أو باعني عشرة بعشرة، أو بعشرين، لزمته

---

(١) بياض مكان هذه الكلمة في س.

(٢) لأن التصغير: ساقط من الأصل.

عشرة مع يمينه على ما زعم. وفي قول سحنون: أنه يؤخذ مائة درهم من قبل الحساب.

ولو قال: عليّ عشرة دراهم في عشرة دنانير، لزمته عشرة دراهم، إذ له مخرج يقول: أعطانيها فيها.

الخامس: إذ قال: له عندي زيت في جرة، كان مقراً بالزيت والظرف. ولو قال: ثوب في صندوق أو في منديل أو في ثوب، فقال محمد بن عبد الحكم: يكون مقراً بالثوب دون الوعاء.

وقال سحنون: يلزمه الوعاء أيضاً.

ولو قال: له عندي عسل في زقّ، كان مقراً بالعسل والزق، إذ لا يستغني عنه.

ولو قال: له عندي خاتم، وجاء به وفيه فص، فقال: ما أردت الفص، لم يقبل إلا أن يكون كلامه نسقاً.

وكذلك لو أقر بجبّة وقال: بطانتها لي، أو أقرّ بدار، وقال: بابها لي وشبه ذلك.

ولو قال: هذه الأمة لفلان، وولدها لي، كلاماً نسقاً، فهو كما قال.

ولو قال: له في هذه الدار التي في يدي حق أو شريك، أو في هذا العبد، أجبر على البيان، وقُبِل تفسيره بما قل أو كثر، إلا أن يدعي المقرّ له أكثر، فيحلف المقرّ على نفي الزيادة على ما ذكر، فإن امتنع من الإقرار سجن أبداً، حتى يضطر بالسجن إلى الإقرار.

السادس: إذا قال: عليّ درهم أو درهم بدرهم، لم يلزمه إلا درهم واحد، وللطالب أن يحلفه: ما أراد درهمين. ولو قال: درهم ودرهم، أو درهم ثم درهم، لزمت درهمان. ولو قال: درهم مع درهم،

أو تحت درهم، أو فوق درهم، لزمه درهمان. ولو قال: درهم على درهم، فعليه درهمان، وقيل: درهم واحد، ولو قال: درهم قبل درهم أو بعد درهم، لزمه درهمان. ولو قال: وله عليّ درهم فدرهم، لزمه درهمان. ولو قال: درهم بل درهمان، فدرهمان. ولو قال: درهم لا بل ديناران، فقال ابن سحنون: يلزمه ديناران، ويسقط الدرهم.

السابع: إذا قال يوم السبت: عليّ ألف، وقال ذلك يوم الأحد، لم يلزمه إلا ألف واحد، إلا أن يضيف إلى شيئين مختلفين.

ولو أشهد له في ذكر حق بمائة وفي آخر بمائة، لزمته مائتان.

وقال ابن سحنون: إن قول مالك اختلف في هذا وآخر قوله: وبه أقول ـ: أن يحلف المقر: ما ذلك إلا مال واحد، ولا يلزمه إلا مائة.

وقال محمد بن عبد الحكم مثل ذلك.

قال محمد: وإن اختلف الإقرار، فأقرّ له في موطن بمائة، وأشهد في موطن بمائتين، لزمته ثلاثمائة.

وقال ابن حبيب عن أصبغ: إن كان الإقرار الأقل أوَّلاً صُدِّق المطلوب أن الأقل دخل في الأكثر، وإن كان الإقرار بالأكثر أوَّلاً فهما مالان.

الباب الثالث

في تعقب الإقرار بما يرفعه

ولـــه صـــور:

الأولـــى: إذا قال: عليَّ ألف من ثمن خمر أو خنزير أو ميتة أو حرّ، لم يلزمه شيء، إلا أن يقول الطالب: بل هي من ثمن بُرٍّ[1] أو شبهه فيلزمه مع يمين الطالب. فأما لو قال: اشتريت منك خمراً بألف، فإنه لا يلزمه شيء.

ولو قال: عليّ ألف من ثمن عبد، ثم قال: لم أقبض العبد، فقال ابن القاسم وسحنون وغيرهما: لزمه الثمن ولا يصدق في عدم القبض.

وقيل: القول قوله، وعلى البائع البيّنة أنه سلم العبد إليه.

وكذلك إن قال: اشتريت من فلان سلعة بمائة درهـم ولم أقبضها منه، فالقول قوله.

ولو أقرّ على نفسه بمال من ثمن حرير مثلاً، ثم أقام بينة أنه رباً وإنما أقر أنه من ثمن حرير، لزمه المال [بإقراره أنه من ثمن حرير، إلا أن يقيم بينة على إقرار الطالب أنه ربا.

وقال ابن سحنون: تقبل منه البينة][2] أن ذلك ربا، ويردّ إليه رأس ماله، وبالأول قال سحنون.

---

(١) في الأصل: بياض مكان: برّ أو. (٢) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

ولو قال: عليّ ألف لا تلزم، أو زوراً باطلاً؛ لزمه إن صدقه غريمه في الملك، وكذبه في قوله: زوراً أو باطلاً؛ وإن صدقه فيهما لم يلزمه شيء. / [٥٤/أ]

ولو قال: علي ألف قضيته، لزمته الألف، ولا يقبل قوله في القضاء.

ولو ادعى القضاء قبل الإقرار وأقام البينة، لم تسمع دعواه ولا بيّنته إذ كذبهما معاً بإقراره، وإقراره أوْلى بالقبول من دعواه، إلا أن يقول بعد الإقرار بها: قضيتها إياه، ولم يقبل الإقرار؛ فتقبل دعواه وتسمع بينته.

ولو قال: ألف إن شاء الله؛ لزمه الألف، ولم ينفعه الاستثناء.

ولو قال: له عليّ ألف درهم فيما أظن، فهو إقرار يلزمه. وكذلك: فيما ظننت، أو فيما حسبت، أو فيما أحسب، أو فيما رأيت، أو فيما لديَّ.

وقال محمد بن المواز وابن عبد الحكم: إذا قال: فيما أعلم، أو قال: في علمي، أو فيما يخصني[1] فهو شك، ولا يلزمه؛ واحتج محمد بالعادة[2].

ولو قال: ألف مؤجل؛ لزمه الألف على التأجيل، إذا كان الأجل غير مستنكر.

وحكى الشيخ أبو إسحاق قولاً بأن المقر يحلف ويكون الألف حالاً.

ولو ذكر الأجل بعد الإقرار لم يقبل.

---

(١) س: فيما يحضر لي.

(٢) في الأصل: بالشهادة.

ولو قال: عليّ ألف مؤجل من جهة القرض، قبل إلا أن يدعي الطالب أنها حالة فالقول قوله مع يمينه.

ومن كتاب ابن سحنون: ومن قال: لفلان عليّ مائة درهم إن حلف، أو إذا حلف، أو متى حلف، أو حين يحلف، أو مع يمينه، أو في يمينه، أو بعد يمينه؛ فحلف فلان على ذلك ونكل المقرّ، وقال: ما ظننت أنه يحلف، فلا يؤخذ بذلك المقر في إجماعنا.

وقال محمد بن عبد الحكم: إذا قال: لفلان عليّ مائة إن حلف فيها، أو إن ادعاها، أو مهما حلف بالعتق، أو الطلاق، أو الصدقة، أو قال: إن حلف مطلقاً؛ فلا شيء على المقر بهذا وإن حلف الطالب.

وكذلك إن قال: استحل ذلك، وإن كان يعلم أنها له، أو قال: إن أعارني رداءه، أو دابته، فأعاره، أو قال: إن شهد بها عليّ [فلان، فشهد بها عليه][1] فلا شيء على المقر في هذا كله.

وأما إن قال: إن حكم بها فلان لرجل سمّاه، فتحاكما إليه فحكم بها عليه فيلزمه ذلك.

الصورة الثانية: إذا قال: له عليّ مائة درهم وديعة؛ لا تكون إلا وديعة. وإن قال: دَيْناً كانت ديناً. ولو قال: له قِبلي، أو قال: له عليّ مائة درهم دَيْناً وديعة لزمته دَيْناً. ولو قال: له قبلي مائة درهم وديعة ديناً لزمته ديناً، إذ لعله تسلّفها أو استهلكها.

الثالثة: إذا قال لرجل: لك هذه الشاة، أو هذه الناقة، فإن الشاة للمقرّ له، ويحلف المقرّ بالناقة له، فلو حلف ما له فيهما جميعاً شيء وادعى الطالب كليهما لم يقبل قوله في الناقة، ولا قول المقر في الشاة بل يأخذهما المقر له، وتبقى الناقة في يد المقر.

---

(١) فلان فشهد بها عليه: ساقط من الأصل.

الرابعة: إذا أقر أنه غصب هذا العبد من فلان، ثم قال: لا، بل من فلان؛ ففي كتاب ابن سحنون: إنه يقضى بالعبد للأول بعد يمينه، ويقضى للآخر بقيمته[1] يوم الغصب في إجماعهم.

الخامسة: قال ابن القاسم: من قال لرجل في ثوبين في يده: إن لك أحدهما[2] ولا أدري أيّهما هو؛ فإنه يقال للمقر: أحلف أنك لا تدري أن أجودهما للمقر له؛ فإن حلف قيل للمقر له: احلف أنك لا تعلم أيهما لك؛ فإن حلف كانا شريكين في الثوبين جميعاً؛ فإن نكل المقر حلف المقر له وكانا شريكين في الثوبين، وكذلك إن[3] نكلا جميعاً لكانا شريكين، إلا أن يقول المقر: لا أعرفه، ويقول المقر له: أنا أعْرفه، ويؤمر بتعيينه، فإن عيّن أدناهما أخذه بغير يمين، وإن عيّن أجودهما أخذه بعد أن يحلف.

ولو قال المقر: أدناهما هو ثوبه؛ حلف، ولم يكن للمقر له غيره.

ولو قال لرجل: لك عليّ عشرة دراهم، أو على فلان؛ فليس بإقرار، ويحلف.

قال الشيخ أبو محمد: وعلى أصل سحنون إن ذلك يلزمه دون فلان.

السادسة[4]: إذا استثنى عن الإقرار ما لا يستغرق صح، كقوله: عليّ عشرة آلف إلا تسعة، يلزمه واحد.

وقال عبد الملك: لا يصح.

وعلى المشهور: لو قال: عليّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية، لزمه تسعة لأن الاستثناء من النفي إثبات، كما أنه من الإثبات نفي.

---

(١) في الأصل: بقيمة.

(٢) في يده أن لك أحدهما: غير واضحة في س.

(٣) س: لو.

(٤) في الأصل: الخامسة، وهو خطأ.

وكذلك لو قال: عليّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا / اثنين إلا واحد، للزمه خمسة. [٥٤/ب]

السابعة:[١] الاستثناء من غير الجنس صحيح، كقوله: عليّ ألف درهم إلا ثوباً، أو عبداً، أو دابة. وقيل: استثناؤه باطل، ويلزمه ما أقرّ به كاملاً.

وإذا فرعنا على المشهور، فقيل له: اذكر قيمة العبد أو الثوب الذي استثنيت، ثم يكون مقرّاً بما فضل من الألف على قدر قيمته، فإن ذكر أن القيمة تستغرق الألف بطل استثناؤه ولزمه[٢] الألف.

الثامنة[٣]: الاستثناء عن العين صحيح، كقوله: هذه الدار لفلان إلا ذلك البيت، والخاتم إلا الفصّ، وهؤلاء العبيد إلا واحداً، ثم له التعيين. وكذلك لو قال: هذه الدار لفلان وبناؤها لي؛ فهو كما قال إذا اتسق الكلام.

وكذلك: هذه الأرض لفلان ونخلها لي، نسقاً.

وكذلك: هذه الدار إلا بناؤها لفلان، أو قال: هذا البستان إلا نخله فإنها لي، فإنه مصدق في جميع ذلك.

وكذلك قال محمد بن عبد الحكم عن أشهب في قوله: غصبت هذه الدار لفلان وفناؤها لي، أو قال: بيت منها لي، أو قال في الجبة: بطانتها لي إذا اتسق الكلام؛ مثل قوله: هذا الخاتم لفلان وفصّه لي.

---

(١) في الأصل: السادسة، وهو خطأ.
(٢) في الأصل: ولزم.
(٣) في الأصل: السابعة، وهو خطأ.

الباب الرابع

في الإقرار بالنسب

من هو من أهل الإقرار، إذا قال لعبده: هذا ابني؛ التحق بـه ما لم يكذبه الحسّ بأن يكون أكبر سناً منه، أو الشـرعُ بأن يكون مشهور النسب، أو العـرف بأن يستيقن الناس أنه ليس بولده، كما إذا كان الغلام سندياً والرجل فارسياً، قال مالك: فلا يلحق به.

قال سحنون: ولا يكون حرّاً.

فلو استلحق مجهول النسب لحق بـه عند ابن القاسم.

وقال سحنون: لا يلحق إذا لم يتقدم له نكاح ولا ملك يمين عن أمة يجوز أن يكون منها. ثم حيث يلحق به، فلا ينظر إلى إنكار الولـد صغيراً كان أو كبيراً.

فـــروع:

[الأول][1]: لو قال في أولاد أمته: أحدهم ولـده وهم ثلاثة ولم يعرف عينه، فالصغير منهم حر وحده[2].

وقال المغيرة: يعتق الأصغـر، وثلثا الأوسط، وثلث الأكبـر، إذ

(١) الأول: سقطت من الأصل.

(٢) وحده: غير واضحة في س.

الصغير حرّ على كل تقدير، والأوسط حر في وجهين رقيق في وجه، والأكبر حر على تقدير واحد عبد على تقديرين.

وقال محمد بن عبد الحكم: يعتق جميعهم بالشك.

ولو أعتق الصغير وادعت عليه أمهم الأوسط والكبير فأنكرهما، فالقول قوله، فلو اعترف بالأوسط لزمه هو والأصغر إن ادعته الأم منه، إلا أن يدّعي الاستبراء فيه، وإن اعترف بالكبير خاصة لزمه الجميع إن ادعت الأم الآخرين، إلا أن يدّعي استبراءً فيهما أو في أحدهما فالقول قوله، ولا يلحق به.

ثم من لم يلحق به منهما كان ولد أم ولد.

الفرع الثاني: لو ولدت زوجة رجل غلاماً وأمته غلاماً وماتا، فقال الرجل: أحدهما ابني ولا أعرفه؛ دعي له القافة[3]، فمن ألحقوه به لحق به ويلحق الآخر بالآخر.

الفرع الثالث: لو نزل ضيف على رجل، وله أم ولد حامل، فولدت هي وولدت امرأة الضيف في ليلة صبيين، فلم تعرف كل واحدة منهما ولدها، أو تداعتا أحدَهما ونفتا الآخرَ، فإن القافة تُدْعَى لهما.

وقال سحنون فيمن ولدت امرأته جارية وأمته جارية، وأشكل عليهم ولد الحرة من ولد الأمة، ومات الرجل ولم يدع عصبة يستدل بها القافة على ولد الميت، ليس في هذا قافة، ولا تكون المواريث بالشك.

وفي كتاب أحمد بن ميسر، في امرأة طرحت بنتها، ثم عادت لأخذها فوجدتها وأخرى معها، ولم تعرف بنتها منهما: قال ابن القاسم: لا يلحق بزوجها واحدة منهما، وبه قال ابن المواز.

وقال سحنون: تدعى لهما القافة.

---

(١) القافة: جمع قائف وهو الذي يعرف الآثار.

وقال عبد الملك وسحنون: لا تلحق القافةُ الولدَ إلا بأبٍ حيٍّ، فأما إن مات الأب فلا قول للقافة في ذلك، إذ لا يعتمد على شبه غير الأب.

الفـرع الرابـع: إذا أقر عند موته بأن فلانةً جاريتَه ولدت منه، وأن ابنتَها فلانةً ابنتُه، وللأمة ابنتان أخريان، ثم مات ونسيت البيّنة والورثة / [٥٥ / أ] اسمها، وأقر بذلك الورثة، فهنّ كلهنّ أحرار، ولهن الميراث، ميراث واحدة من البنات، يقسم بينهن، ولا يلحقه نسب واحدة منهن.

فإن لم يقرّ الورثة بذلك، ونسيت البيّنة اسمها، فلا يعتق واحدة منهن.

الفـرع الخامـس: إذا استلحق ولداً ثم أنكره، ثم مات الولد عن مال، فلا يأخذه المستلحق.

قال ابن القاسم: ويوقف ذلك المال، فإن مات هذا المستلحق صار هذا المال لورثته، وقُضِي به دينه، وإن قام غرماؤه عليه وهو حيّ أخذوا ذلك المال في ديونهم.

هذا حكم الإقرار بالولد. ومتى تعدّاه الإقرار، مثل أن يكون بولد الولد أو بإخوة أو بعمومة أو غيره، فهو إقرار على الغير[١] بالنسب، فلا يقبل ولا يثبت له[٢] بذلك نسب؛ ثم إن كان له وارث معروف فلا يرث هذا منه شيئاً، وإن لم يكن له وارث معروف ولا موالي غير هذا الذي أقر له، فإنه يرثه بذلك الإقرار، وسواء كان ذلك في الصحة أو في المرض، إلا أن يأتي وارث معروف بالبينة، فيكون أحق بالميراث.

قال سحنون ورواه عن المغيرة: إنه لا يرثه، وإن لم يكن له

---

(١) في الأصل: البيع، وهو تصحيف.

(٢) له: سقطت من الأصل.

وارث معروف، لأن المسلمين يرثونه بذلك كالوارث المعروف، وهذا هو سبب الخلاف، وهو أن بيت المال كالوارث المعروف المعيّن أم لا؟ وهو سبب الخلاف أيضاً في تنفيذ وصية من لا وارث له إلا بيت المال بجميع ماله.

وإذا شهدت بينة، أكثر من واحد، بالعتق، ثبت الولاء. وإن شهد به شاهد واحد، ففي كتاب [محمد][1]: لا يثبت بذلك الولاء، ولكن يُستأْنى بالمال، فإن لم يأت من يستحقه حلف هذا ودفع إليه؛ وقد قضي بذلك ببلدنا[2].

وقال أشهب: لا شيء له حتى يثبت ذلك الولاء بشاهدين.

ولو شهد شاهدان أنهما لم يزالا يسمعان فلاناً يذكر أن فلاناً ابنُ عمه أو مولاه، فقال ابن القاسم: هو شاهد واحد، فإن لم يكن للمال طالب غيره أخذه مع يمينه بعد الثاني، وإن كان له طالب غيره أَثْبَتُ من هذا، كان أولى بالميراث. ولا يثبت للأول هاهنا نسب.

وروى أشهب أنه يثبت بذلك الولاء، ولكن لا يعجل، فلعل أحداً يأتي بأَوْلى [من ذلك][3].

وأما الوارث يقرّ بوارث آخر معه يشاركه فإن ذلك على ما ذكرناه يثبت له الإرث ولا يثبت له النسب.

فلو أقرّ ولد الميت بولد آخر لم يثبت نسبه وإن لم يكن وارث سواه، لكن يقسم المال بينهما على التسوية إن كانا من جنس واحد، وعلى التفاضل إن كانا من جنسين.

---

(١) محمد: لم ترد في الأصل.

(٢) س: في بلدنا.

(٣) من ذلك: سقطت من الأصل.

فإذا كانا ابنين فأقرّ أحدهما بثالث، فإن وافقه الثاني اقتسموا المال بينهم أثلاثاً، وإن لم يصدقه الآخر أعطاه المقر مما بيده ما زادته القسمة على الإنكار عن القسمة على الإقرار. وإن كان المقرّ عدلاً أخذ باقي نصيبه من المنكر بعد يمين المقر له.

ولو شهدا جميعاً بالنسب وكانا عدلين، ثبت نسبه وورث معهما.

ولو ترك ولداً واحداً فقال لأحد شخصين: هذا أخي، لا بل هذا الآخر: فللأول نصف ما ورث عن أبيه، واختلف فيما يأخذه الثاني منه، فقيل: له نصف ما يبقى بيده.

وقيل: له جميعه، لأنه أتلف عليه مورثه.

ولو ترك أمّاً وأخاً، فأقرت بأخ آخر، فإنها تخرج نصف ما في يديها، وهو السدس، فيأخذه الأخ المقر له وحده[1].

قال محمد: وهو قوله في موطإه، وعليه الجماعة من أصحابه.

وقال أيضاً في رواية أخرى: يقتسمه هو وأخوه.

---

(١) وحده: سقطت من س.

كتاب الوديعة

وحقيقتها: استنابة في حفظ المال.

[أحكامها]

وهي عقد أمانة، وهو جائز من الجهتين.

ولا يشترط في المودِع [والمودَع][1] ما يشترط في الوكيل والموكّل.

ومن أودع عند صبيّ شيئاً بإذن أهله أو بغير إذنهم[2] فأتلفه الصبي أو ضيعه لم يضمن، لأنه مسلّط عليه، كما لو أقرضه أو باعه.

وكذلك السفيه.

وأما العبد فلا يتعلق الضمان برقبته إذا أُودِع فأَتْلَف، لكن يتعلق بذمّته، إلا أن يسقطه السيّد عنه، ما لم يكن مأذوناً فلا يكون له إسقاطه. وقال بعض أصحابنا: إن استهلكها فهي جناية في رقبته كسائر الجنايات /. [٥٥ / ب]

وقال أشهب في غير المأذون: إن كان ماله يُستودَع فهي في ذمته رق أو عتق؛ وإن كان مثله وغداً[3] لا يستودع فلا شيء عليه في رقه، ردّ ذلك عنه السيّدُ أو لم يرده، حتى يلي نفسه بالعتق.

(١) والمودع: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: اذنه.

(٣) الوغد: الخفيف الأحمق الضعيف العقل، الدنيء (اللسان: وغد).

قال الشيخ أبو محمد: يريـد فيُتْبَع. قال: وأنكرها سحنون.

ثم للوديعة عاقبتان: ضمان عند التلف، ورد عند البقاء.

أما الضمان فلا يجب إلا عند التقصير.

[أسـباب التقـصير]

وللتقصير سبعة أسباب:

الأول: أن يودع عند غيره لعذر، فإن فعل ذلك ثم استردّها لم يضمن بعد ذلك، كرده لما تسلف منها. وله أن يودع عند العجز عن الرد إلى المالك، لخوف عورة منزله أو لسفره إذا أودعها في الحضر، إذ لو سافر بها مع القدرة على إيداعها عند أمين لضمن. فإن سافر بها عند العجز عن ذلـك كما لو كان في قرية مثـلاً لم يضمن.

وكذلك لو أَوْدَع الأرضَ ما استُودِع، وكان ذلك جهده، فهو حرْز لا يضمن ما ضاع منه.

وكذلك رفعه الوديعة عند زوجه أو خادمه التي عادته أن يرفع عندها متاعه، أو أجيره في عياله، لا يضمن بـه لأنه شأن الناس.

وقال أشهب: إن أودع إلى عبْده أو أمته ضمن. وكذلك أجيره في عياله.

ومن أودع في السفر، فأودع [ضمن][1]، بخلاف الحاضر يسافر.

ومن مات وعنده وديـعة لم يوص بها ولم توجد في تركتـه أخذت من ماله.

الثاني: نقل الوديعة، فإن نقلها من بلد إلى بلد ضمن.

قال مالك في امرأة ماتت بالإسكندرية فكتب وصيّها إلى ورثتـها

---

(١) ضمن: سقطت من الأصل.

وهم ببلد آخر، فلم يأته منهم خبر، فخرج بتركتها إليهم فهلكت في الطريق فهو ضامن.

قال أشهب وعبد الملك: وأما إن استُودِع جِرَاراً فيها أدام، أو قوارير فيها دهن، فنقلها من موضع في بيته إلى موضع[1]، فتكسرت في ذلك فلا يضمن.

ولو سقط عليها من يده شيء فانكسرت، أو رمى في بيته وهو يريد إصابة غيرها، فأصابها فانكسرت، ضمن لأنها جناية لم تتعمد.

وقال أشهب في كتابه: ولو سقطت من يده فانكسرت لم يضمن.

الثالث: خلط الوديعة بما لا تتميّز عنه مما هو غير مماثل لها، كخلط القمح بالشعير وشبهه. فأما خلطها بجنسها المماثل لها جودة ورداءة، كحنطة بمثلها، أو ذهب بمثله، أو بما يتميز عنه ولا تختلط به، كذهب بورق، فلا يضمن بذلك.

الرابع: الانتفاع. فإذا لبس الثوب أو ركب الدابة فهلكت في حال الانتفاع ضمن. [وكذلك إن كساه لأولاده][2]. وكذلك إن تسلف الدنانير أو الدراهم أو غيرها مما يكال أو يوزن، فهلك في حال تصرّفه فيه. ولو ردّ مثلها مكانها ثم هلك المثل، فقال يحيى بن عمر: اختلف قول مالك في الذي ينفق من وديعة عنده شيئاً، ثم يردّه، فقال: لا شيء عليه. وأخذ بها ابن القاسم وابن عبد الحكم وأشهب وأصبغ.

وقال أيضاً: إن ردها بإشهاد بَرِىء، وإلا لم يبرأ. وبهذا أخذ[3] ابن وهب.

---

(١) من موضع في بيته إلى موضع: وردت في س بالهامش وبجانبها عبارة: (صح من الأم).

(٢) وكذلك، إن كساه لأولاده: سقطت من الأصل.

(٣) في الأصل: إذا أخذ، وهو تصحيف.

وقال أيضاً: لا يبرأ وإن أشهد، لأنه ديْن ثبت في ذمته. وهذا قول أهل المدينة من أصحابه، وروايتهم عنه، ورواه المصريون ولم يقولوا به.

وقال ابن حبيب: قال ابن الماجشون: إن كانت مربوطة أو مختومة لم يبرأ إلا بردها لربها. وإن تسلف بعضها ضمن جميعها، لأنه متعدّ في حلّها. وكذلك إن أخذ الدراهم ليصرفها في حاجته ضمن.

ولو استُودِعها منثورة[1] فتسلف منها ثم تلف، لم يضمن غير ما تسلف. وهو مصدق في رد ما يتسلف منها، ولو تلف بعد أن ردها لم يضمن شيئاً.

وفي كتاب الشيخ أبي إسحاق[2]: من أُودِع وديعةً، وقيل له: تسلَّفْ منها إن شئتَ، فتسلفَ منها وقال: رددتها؛ فهذا لا يبرئه ردّه إياها إلا إلى ربها، لأن هذا مقترض لم يردّ ما اقترض.

وأما ما لا مثل له من الثياب والحيوان وسائر العروض فلو تسلفه ثم رد مثله في صفته لم يبرأ، مذهباً واحداً.

واختلف في تسلف الوديعة فمذهب الكتاب[3]: الكراهة.

وروى أشهب: إن كان له [مال][4] فيه وفاء فأشهد على ذلك، فأرجو أن لا بأس به.

[٥٦ / أ] هذا حكم تسلفها / إن كانت دنانير أو دراهم، وهو مليّ.

---

(١) س: منشورة.

(٢) هو كتاب الزاهي لأبي إسحاق بن شعبان.

(٣) المدونة: ٦/ ١٤٧ ـ كتاب الوديعة ـ فيمن استودع دراهم أو حنطة فأنفقها ثم تلفت وقد رد مثل ما أنفق أو لم يرد.

(٤) مال: سقطت من الأصل.

فأما إن كانت عروضاً فلا يجوز بوجه. وإن كانت مما يكال أو يوزن، ولا يكثر الاختلاف فيه، كالطعام ونحوه، فهل يلحق بالنقود أو العروض التي تختلف آحادها؟ قولان.

ولو كان معدماً لم يكن له أن يتسلفها بوجه.

الخامس: المخالفة في كيفية الحفظ. فلو سلّم إليه صندوقاً، وشرط عليه أن لا يقفل عليه قفلاً فقفل، ضمن للشهرة. ولو قال له: أقفل قفلاً واحداً، فقفل قفلين لم يضمن. ولو شرط عليه أن يجعلها في نحاس، فجعلها في فخار لم يضمن. ولو سلم إليه الدراهم وقال له: اربطها في كمّك، فأخذها في يده، فأخذها غاصب من يده لم يضمن، لأن اليد أحوز هاهنا؛ إلا أن يكون أراد إخفاءها عن عين الغاصب، فرآها لما تركها فيضمن. ولو جعلها في جيب قميصه فضاعت، فقال الشيخ أبو إسحاق: يضمن؛ وقيل: لا يضمن. قال: والأوّل أحْوَط.

السادس: التضييع والإتلاف. وذلك بأن يُلْقِيها في مضيعة، أو يدلّ عليها سارقاً، أو يسعى به إلى من يصادره فيضمن.

ولو ضيَّع بالنسيان، بأن تركها في موضع إيداعها ضمنها.

ومن أُودِع بقراً أو أُتُناً أو نُوقاً، فأنزى عليهن، فمتن من الولادة، أو كانت أمة فزوّجها، فحملت فماتت من الولادة فهو ضامن؛ وكذلك لو عطبت تحت الفحل.

وقال أشهب: لا يضمن لأنه فعل صلاح، وكذلك لا يضمن الجواري.

وأنكر يحيى بن عمر قول أشهب في الجواري.

قال ابن القاسم: ويضمن ما نقص التزويج الأمة إن سلمت[1].

---

(١) في الأصل: إن سيلت، وهو تصحيف.

السابع: الجحود. وهو مع غير المالك غير مضمن، [ومع المالك بعد المطالبة والتمكن من الرد مضمن. ومهما جحد][1] فالقول قوله. فإن أقيمت [عليه][2] البينة، فادعى الرد من قبل، فإن كانت صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة، وفي قبوله مع البينة خلاف؛ المشهور نفيه لتناقض كلاميه. وإن كانت صيغة جحوده: لا يلزمني تسليم شيء إليك، قبل قوله في الرد والتلف، إذ لا تناقض بين كلاميه.

العاقبة الثانية في الوديعة، رد العين عند بقائها. وهي واجبة مهما طلب المالك أو انتفى العذر.

قال أصبغ: قال ابن القاسم فيمن طلب وديعة فاعتذر له المودَع بشغل فلم يقبل عذره وتشاحًّا، فحلف لا يعطيه الليلة، فلما كان في غد قال: قد ذهبت؛ فإن قال: ذهبتْ قبل أن تلقاني، ضمن، لأنه أقر بها؛ وإن قال: لا أدري متى ذهبت، حلف ولا ضمان عليه.

قال أصبغ: ويحلف: ما علم بذلك حين منعه.

قال ابن القاسم: وإن قال: ذهبتْ بعدما حلفت وفارقتك، ضمنها لأنه منعه إياها، إلا أن يكون كان على أمر لا يستطيع فيه أن يرجع، أو يكون عليه ضرر فلا يضمن[3].

قال أصبغ: لا يضمن، كان على أمر حفزه عليه فيه ضرر أو لم يكن ضرر، إذا لم يكن لأمر يمكنه بما لا طول عليه فيه عند بابه أو في يده، وما ليس فيه بحث ولا فتح ولا غلق ولا استخراج ولا أمر ينتظر فيه رجوع، فإن جاء بمثل هذا فهو ضامن بمنعه، وإلا لم يضمن؛ وقد يعوق الناس عائق، وقد يثقل عليه في وقت يرد الناس مثل هذا من شغل وكسل وما يعذرون به فليحلف ويبرأ.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٢) عليه: سقطت من الأصل.

(٣) فلا يضمن: سقطت من س.

وقال محمد بن عبد الحكم: إذا طلبه في وديعته فقال: أنا مشغول إلى غد ترجع فرجع إليه، فقال: تلفت قبل مجيئك الأوّل، أو بعده، فلا ضمان عليه. ولو قال له: لا أدفعها إليك إلا بالسلطان، وترافعا إليه، فضاعت بين سؤاله إياه وبين إتيانه السلطان، فلا ضمان عليه، لأن له في ذلك عذراً، يقول: خفت شغبه وأذاه.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم، في رب الوديعة يطلبها، فيأبى المودع أن يدفعها حتى يأتي السلطان فيقضي عليه بالدفع، فهلكت الوديعة قبل القضية وبعد الطلب: أنه إن كان دفع إليه بغير بيّنة فهو ضامن.

قال ابن القاسم: من طلبت / منه الوديعة[1] فقال: ضاعت منذ [٥٦/ب] سنين إلا أني كنت أرجو أن أجدها وأطلبها؛ ولم يكن يذكر هذا وصاحبها حاضر، قال: هو مصدق ولا ضمان عليه إلا أن تكون قد طلبت منه، فأقر أنها عنده ثم قال: قد ضاعت قبل ذلك فيضمن؛ وكذلك القراض.

وقال أصبغ: بل هو ضامن إذا لم يعرف [منه][2] طلب لها ولا ذكر لصاحبها ولا لغيره ولا سماع وحضور ربها آكد، وكل سواء، إذا طال ذلك، ولم يكن له ذكر.

وقال محمد بن عبد الحكم: أصحابنا يقولون: إن سمع ذلك منه قبل ذلك الوقت الذي سئلها فيه قبل منه، وإن لم يسمع ذلك منه إلا ذلك الوقت لم يقبل منه.

قال محمد: وأنا أرى أن يحلف، ولا شيء عليه.

---

(١) في الأصل: وديعة.

(٢) منه: سقطت من الأصل.

فــــروع أربعــة:

أحدهـا: إذا طولب المودَع بالرد فادعى التلف، فالقول قوله مع يمينه؛ وكذلك إن ادّعى الرد، إلا أن يكون تسليمها ببينة فلا تقبل دعواه الرد إلا ببينة.

وقيل عن ابن القاسم: إن القول قول المودع في الـرد وإن قبضها ببينة.

وقال أصبغ في العتبية في الوديعة يطلبها ربها، فيقول المودع: لا أدري أضاعت مني أم رددتها إليك، فلا ضمان عليه، لأنه ذكر أمرين هو مصدق فيهما، إلا أن يأخذها ببينة فلا يبرأ حتى يقيم بينة أنه ردها إليه، وإلا ضمن.

وقال عبد الله بن عبد الحكم[1]: لو قال المودع لربها: إن كنت دفعت لي شيئاً فقد ضاع، وقد قبض الوديعة ببينة، فليس عليه إلا يمينه.

وقال أبو الحسن اللخمي: إن كان الإشهاد للتوثيق فلا تقبل دعواه الرد إلا ببينة، وإن كان خوف الموت، أو باستدعاء المودع خوفاً أن يقال: هي سلف، كان القول قوله في الردّ بغير بينة؛ فأما دعواه الرد على غير من ائتمنه كدعوى الرد على وارث المالك أو وكيله، فلا يقبل إلا ببينة، وكذلك دعوى وارث المودع على المالك يفتقر إلى البينـة أيضاً، وسواء كان القبض في جميع هذه الصور الثلاث ببينة أو بغير بينة.

الفـرع الثـاني: إذا ادعى[2] رجـلان وديعـة عنـده فقـال: هي لأحدهما[3] وقد نسيتُ عينه، فقيل: يتحالفان، فإن حلفا قسمت بينهما، وأن نكل أحدهما انفردَ بها الحالف ولا ضمان عليه.

---

(١) ابن الحكم بلا ذكر الاسم الأول: س.

(٢) في الأصل: ادعاء، وهو تصحيف. (٣) س: لأحدكما.

وقيل: يغرم لكل [واحد منهما][1] ما ادعاه لنسيانه.

قال الشيخ أبو إسحاق: الاختيار إغرامه، وبالآخر يقول أشهب.

وقد قاله ابن القاسم مرة أخرى.

الفرع الثالث: إذا طلب المودَع عند الردّ أجراً على حفظ الوديعة لم يكن له، إلا أن تكون مما تشغل منزله فيطلب أجرة الموضع الذي كانت فيه فذلك له.

وإن احتاجت إلى غلق أو قفل، فذلك على ربها.

الفرع الرابع: إذا أودع وديعة لشخص فخانه وجحده، ثم إنه استودعه مثلها، فهل يحلّ له أن يجحده فيها أم لا؟. قال الشيخ أبو الوليد: في المسألة خمسة أقوال:

المنع. وإشارته به إلى رواية ابن القاسم في الكتاب[2]: لا يفعل.

والثاني: **الكراهة**، وإشارته به إلى رواية أشهب: لا آمره بذلك، ولا آمره إلا بطاعة الله، وإن أردت أن تفعله فأنت أعلم.

---

(١) واحد منهما: ساقط من الأصل.

(٢) المدونة: ٦/ ١٦٠ ـ كتاب الوديعة ـ فيمن استودع رجلاً مالاً أو أقرضه فجحده، ثم استودعه الجاحد مثله.

ونصها (قلت: أرأيت لو أن رجلاً استودعته ألف درهم أو أقرضته إياها قرضاً أو بعته بها سلعة فجحد في ذلك، ثم إنه استودعني بعد ذلك ألف درهم أو باعني بها بيعاً فأردت أن أجحده لمكان حقي الذي كان جحدني ويستوفيها من حقي الذي لي عليه؟ قال سئل مالك عنها غير مرة فقال: لا يجحدُه. قال: فقلت: لم قال ذلك مالك؟ قال: ظننت أنه قاله للحديث الذي جاء: أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك).

والثالث: الإباحة، وإشارته به إلى قول ابن عبد الحكم، إذ قال له: أن يأخذ إن كان عليه دين.

والرابع: الاستحباب، وإشارته به إلى ما حكاه عن ابن الماجشون من قوله: أرى له استعمال الحيلة بكل ما يقدر عليه حتى يأخذ حقه.

والخامس: أن هذا كله إذا لم يكن عليه دين، فإن كان لم يكن له أن يأخذ إلا قدر ما يجب له في المحاصة.

قال الشيخ أبو الوليد: والأظهر إباحة الأخذ، واستدل لذلك بحديث هند بنت عتبة(1).

---

(1) أخرج البخاري عن عائشة رضي الله عنها (قالت هند أم معاوية لرسول الله ﷺ إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل عليّ جناح أن آخذ من ماله سرّاً؟ قال: «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف». كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة ـ (فتح الباري: ٤/ ٤٠٥).

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً[1]

كتاب العارية

العارية: تمليك منافع العين بغير عوض.

وهي منـدوب إليهـا.

والنظر في أركانها، وأحكامها / ، وفصل الخصومة فيها. [٥٧ / أ]

أما الأركـان فأربعـة:

[الركن][2] **الأول**: المعير، ولا يعتبر فيه إلا كونه مالكاً للمنفعة، غير محجور في التبرع، فإن العارية[3] تبرع بالمنافع، فتصح من المستعير والمستأمر.

الثاني: المستعير، ولا يعتبر فيه إلا كونه أهلاً للتبرع عليه[4].

الثالث: المستعار، وله شرطان:

الأول: أن يكون منتفعاً به مع بقائه، فلا معنى لإعارة الأطعمة وغيرها من المكيلات والموزونات، وإنما يكون قرضاً، لأنها لا تراد إلا لاستهلاك أعيانها. وكذلك الدنانير والدراهم إذا أخذت للتصرف فيها.

قال أبو الحسن اللخمي: لو استعيرت لتبقى أعيانها، كالصيرفي

(١) البسملة والتصلية، لم تردا في س.
(٢) الركن سقطت من الأصل.
(٣) في الأصل: الغاية.
(٤) س: إلا أهلية التبرع.

يجعلها بين يديه ليُرى أنه ذو مال فيقصده البائع والمشتري، أو الرجل يكون عليه دين ويثقل ما في يديه فيستعيرها لذلك، قال: فهذه تضمن إذا لم تقم البينة على تلفها، ولا تضمن مع الشهادة على ذهابها.

الشرط الثاني: أن يكون الانتفاع مباحاً، فلا تستعار الجارية للاستمتاع. ويكره استخدام الإماء إلا من المحرم أو النسوان، أو لمن لم يبلغ الإصابة من الصبيان. ولا يجوز استخدام أحد الأبوين بالعارية، بل تكون منافعها لهما في تلك المدة دون ولدهما. ولا يعار العبد المسلم من الكافر.

الركن الرابع: ما به تكون الإعارة من قول أو فعل.

وهو كل ما كان من ذلك يدل على تمليك المنفعة بغير عوض. فأما لو قال: أعني بغلامك أو ثورك في حرثي يوماً أو يومين، وأعينك بغلامي أو ثوري يوماً أو يومين؛ فليس بعارية بل ترجع إلى حكم الإجارة، لكن أجازه ابن القاسم ورآه من الرفق.

ولو قال: اغسل هذا الثوب، فهو استعارة لبدن لأجل العمل، فإن كان الغاسل ممن يعمل بالأجرة اعتياداً استحقّها.

وكل ما كان من هذا القبيل فحكمه حكم الإجارة في الصحة والفساد.

وأما أحكامها[1] فأربعة:

الأول: الضمان.

والعارية في ضمان صاحبها إن تحقق هلاكها من غير تعدّ ولا تفريط من جانب المستعير إلا أنها نوعان:

نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى، كالرباع والحيوان، فهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاكه، ما لم يظهر كذبه وإن لم يعلم ذلك إلا بقوله.

---

(١) في الأصل: وأما حكمها.

والنوع الثاني: يخفى هلاكه ويغاب عليه، وهذا النوع لا يقبل قول المستعير في هلاكه ما لم تقم بينة به، فإن قامت فلا ضمان عليه [فيه][1]. وكذلك ما علم أنه بغير سببه كالسوس في الثوب يصدقه فيه في كتاب محمد مع يمينه: أنه ما أضاعه ولا أراد فساده[2].

قال أبو إسحاق التونسي: وكذلك الفأر [على هذا][3] يقرِض الثوب.

ووافق أشهب وابن عبد الحكم في النوع الأول، وخالفا في الثاني، فرأيا أنه مضمون على المستعير على كل تقدير، قامت بينة بهلاكه أم لا. وتمسّكا في ذلك بظاهر الحديث[4]، وبأنه قبضها على الضمان فلا ينتفي حكمه.

قال القاضي أبو محمد: والصحيح أنه لا يضمن.

وقال الشيخ أبو إسحاق: العارية مضمونة على مستعيرها حتى يردها إلى معيرها.

قال: وإنما تضمن الرقبة، لا ما نقص بالاستعمال المأذون فيه، وإن أصيبت أو أصيب شيء منها بغير ما أذن في استعماله من النقص

---

(١) فيه: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: فساداً.

(٣) على هذا: سقطت من الأصل.

(٤) لعله ما رواه أبو داود من حديث صفوان بن أمية: «أن رسول الله ﷺ استعار منه أدراعاً يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: لا، بل عارية مضمونة». السنن: كتاب البيوع والإجارات: باب تضمين العارية: ٨٢٣/٣، الحديث: ٣٥٦٢؛ ورواه أحمد: المسند ٤٠١/٣ و٤٦٥/٦؛ ورواه، بطرقه المتعددة يزيد بعضها عن بعض، النسفي: السنن، كتاب العارية: باب العارية مضمونة: ٨٩/٦ ـ ٩٠. وانظر ما علق عليه ابن التركماني في الحاشية. الذي أشار إلى ما قاله ابن حزم الذي روى هذا الحديث من سبع طرق يزيد بعضها عن بعض مع تعليق مستفيض. المحلى: أحكام العارية: ١٦٩/٩ ـ ١٧٤، المسألة: ١٦٥٠.

بعد القدر الذي أطلق له الاستعمال فيه. ويضمن منها ما كان حيواناً أو غيره ما لم يكن إهلاكه بسبب ظاهر من أسباب السماء لم يكن هو سببه، قال: وفي هذا اختلاف.

واختلف في الانتفاع باشتراط إسقاط الضمان فيما يضمن، أو إثبَاته فيما لا يضمن، هل ينتفع به أم لا؟.

والمستعير من المستأجر لا يضمن إلا حيث يضمن المستعير من المالك. والمستعير من الغاصب يضمن إذا أتلفت العارية تحت يده.

فــرع: لو أتى بالسيف المستعار مكسوراً وذكر أنه انكسر في الضرب به، أو الفأس يأتي به مكسوراً ويقول: انكسر في استعماله فيما أذن لي بالعارية في استعماله فيه، فقال ابن القاسم: لا يقبل قوله إلا أن [٥٧ / ب] تقوم له / بينة في اللقاء بالسيف فيصدق.

وقال سحنون: لا يصدق حتى تقول البينة: إنه ضرب به ضرباً يجوز له.

وقال عيسى: يصدق إذا جاء به مكسوراً، وقد أذن له في العمل به ما لم يمكن إذا عمل به أن ينكسر، مثل السيف والفأس.

الحكم الثاني: في التسلط على الانتفاع وهو بقدر التسليط، فإن أذن له في زراعة الحنطة لم يزرع ما ضرره فوق ضررها، وزرع ما ضرره مثل ضررها أو أدنى، إلا إذا نهاه. ولو أعار الأرض ولم يعيّن صحّ وزرع فيها ما العادة زرعه فيها. وكذلك الحكم في سائر الأعيان المستعارة.

الحكم الثالث للعارية: اللــزوم.

ومتى كانت إلى أجل معلوم أو كان لها قدر معلوم، كعارية الدابة إلى موضع كذا، أو العبد ليبني بناء أو ليخيط له ثوباً، فهي له لازمة كهبة الرقاب. فإن لم يضرب أجلاً ولا كان لها مدة انقضاء فهي لازمة

أيضاً بالقول والقبول، وليس له الرجوع فيها، ويلزمه إبقاؤها مدة ينتفع بها فيها الانتفاع المعتاد بمثلها عند استعارتها.

وقال أشهب: المعير بالخيار في تسليم ذلك أو إمساكه، ثم إن سلمه كان له أن يسترده وإن قرب.

وقال القاضي أبو الفرج: أرى ما روي من وجوب العارية بالقول دون الإقباض إنما هو فيما عدا الأرضين.

فـــرع: إذا أعار البناء أو الغـرس كان له أن يخرجه بعد فراغ المدة المشترطة أو المعتادة على ما تقدم، وله أن يعطيه ما أنفق قبل فراغ المدة المعتادة ويخرجه. وليس له إخراجه في المدة المشترطة.

وروى الدمياطي[1] عن ابن القاسم: إنه ليس له إخراجه قبل فراغ المدة المعتادة، كما في المدة المشترطة. وله بعد فراغ كل واحدة من المدتين أن يدفع له قيمة البناء أو الغرس مقلوعـاً إن شاء، أو يأمره بقلع بنيانه وغرسه وإخلاء عرصته من ذلك، اللهم إلا أن يكون ما لا قيمة له [من ذلك][2] بعد النقض، فلا يكون للثاني فيه شيء. ثم إذا اختار دفع القيمة فله أن يقتطع أجر القلع وإخلاء العرصة من النقض، ما لم يكن ذلك بغير أجرة، ويلي هو ذلك بنفسه[3].

الحكم الرابـع: فصـل الخصومـة.

وفيــه فــروع:

الأول: إذا قال راكب الدابة: أعرتنيها، وقال ربّها: بل أجرتكها؛

---

(١) أبو زيد عبد الرحمن بن أبي جعفر الدمياطي، فقيه محقق، من أصحاب مالك المصريين، روى عن مالك وتفقه بكبار أصحابه: ابن القاسم وابن وهب وأشهب ـ له مؤلفات. ت ٢٢٦ (الشجرة: ٥٩ رقم ٢٩).

(٢) من ذلك: سقطت من الأصل.

(٣) طمس في س.

فالقول قول المالك مع يمينه، إلا أن يكون ممن لا يشبهه ذلك لعلوّ قدره وكبر منصبه وغيره، فيكون القول قول الراكب مع يمينه. وكذلك لو تنازع زارع الأرض ومالكها في إعارتها وإجارتها لكان الحكم على ما تقدم، وكذلك لو قال: بل غصبتها.

الثاني: إذا اتفقا على العارية، واختلفا في الموضع الذي وقعت إليه[1] فقال المعير: إلى إطرابلس[2] وقال المستعير: إلى مصر، فإن لم يركب أو ركب إلى طرابلس خاصة فالقول قول المعير ويحلف، إذ هو مدعى عليه. وأما إن بلغ مصر فقال ابن القاسم: القول قول المستعير.

وقال أشهب: القول قول المستعير في طرح ضمان الدابة إن هلكت، والقول قول المعير في الكراء، لأنه لا يؤخذ بغير ما أقرّ به.

الثالث: من بعث رسولاً إلى رجل يعيره دابته إلى برقة[3]، فأعاره، فركبها إلى برقة، فعطبت، فقال المعير: إنما أعرته إلى فلسطين؛ وقال الرسول: بل إلى برقة؛ فشهادة الرسول هاهنا لا تجوز للمستعير ولا عليه، لأنه إنما يشهد على فعل نفسه. ويحلف المستعير: أنه ما استعاره إلا إلى برقة، ويسقط عنه الضمان، ويحلف رب الدابة: ما أعاره إلا إلى فلسطين، [ويكون له على المستعير فضل ما بين كراء برقة على كراء فلسطين][4].

---

(١) في الأصل: فيه.

(٢) هي طرابلس الغرب: مدينة قديمة على شاطىء البحر فتحها عمرو بن العاص سنة ٢٣ فأصبحت إسلامية ذات مساجد وأسواق حافلة ورباطات وهي اليوم عاصمة الجماهيرية الليبية (مسالك الممالك: ٣٨ - ياقوت: ٣/ ٥٢١).

(٣) برقة، بفتح أوله والقاف: اسم صقع كبير يضم عدة مدن وقرى يقع بين الإسكندرية وأفريقية (ياقوت: برق).

وهذه المنطقة كانت قبل العرب تعرف بـ (سيرنية) وفي القرن الثامن هجري كانت برقة مدينة في مرج واسع تسكنها قبائل عربية وجند إسلامي. (انظر معجم البلدان الليبية: ٥٦ وما بعدها).

(٤) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

الرابع: لو قال المستعير للرسول: استعرْ لي دابةَ فلان إلى برقة؛ فمضى إليه فقال له: يقول لك فلان تعيره دابته إلى فلسطين، فأعارها، فركبها المستعير ولا يدري، فعطبت، فإن أقر الرسول بالكذب فهو ضامن لها، وإن قال: بذلك أمرني، وأكذبه المستعير، فلا يكون الرسول هاهنا شاهداً، لأنه خصم والمستعير ضامن، إلا أن يأتي ببينة أنه إنما أمره إلى برقة.

وقال غيره: رب الدابة مدع تضمين / المستعير. [٥٨ / أ]

قال أشهب: يحلف الراكب: ما أمره إلا إلى برقة ويحلف ربها: ما أعاره إلا إلى فلسطين؛ ثم يغرم الراكب كراء ما بين برقة وفلسطين.

ولو أقر الرسول بالتعدي لضمن الدابة لربها.

الخامس: إذا اختلفا في رد العارية فالقول قول المعير عند ابن القاسم في كل ما لا يصدق المستعير في ضياعه.

قال في كتاب محمد: وسواء أخذه بيمينه أو بغير يمينه، ولا يقبل قوله في الرد إلا ببينة.

قال محمد: وكل من يقبل قوله في التلف يقبل قوله في الرد.

وقال ابن حارث: كل دافع دفع مالاً إلى غير من دفعه إليه فلا يبريه منه إلا البينة التي تشهد له بالدفع، وإلا فهو ضامن، كان في الأصل ضامناً أو مؤتمناً. وإن دفعه إلى دافعه إليه، فإن كان لذلك المال ضامناً من قبل فلا يبرئه أيضاً منه إلا البينة، وإن لم يكن له ضامناً فالقول قوله إذا كان قبضه بغير بينة، فإن كان قبضه ببينة فلا يبرأ إلا ببينة[١].

(١) كذا في أصول الفتيا: ٣٩٦ ـ الفقرة ٧٣٩.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً[1]

كتاب الغصب

[حقيقته]

قال الشيخ أبو الوليد: الغصب أخذ المال بغير حقّ على وجه القهر والغلبة من غيره حرابة[2].

ولا خفاء بأنه عدوان، وهو سبب لضمان المغصوب، وعقوبة الغاصب المكلف بالأدب والسجن بقدر اجتهاد الحاكم.

وقيل: يؤدب غير البالغ كما يؤدبه المؤدب في المكتب، ويؤخذ بحق المغصوب منه.

واختلف فيما أتلفه الصغير الذي لا يعقل، فقيل: ما أصابه من دم أو مال فهدر، كالعَجماء؛ وقيل: ما أصابه من الأموال في ماله، ومن الدماء على عاقلته، إن بلغ الثلث كالخطإ؛ وقيل: الأموال مهدرة، والدماء على العاقلة كالمجنون.

ثم النظر في الكتاب يحصره بابان:

---

(١) البسملة والتصلية: لم تردا في س.

(٢) انظر: المقدمات الممهدات: ٢/ ٤٨٩.

البَابُ الأَوَّل
في الضَّمَان

والنظر فيه في ثلاثة أركان: الموجب، والموجَب فيه، والواجب.

الركن الأول: الموجب، وهو ثلاثة: التفويت بالمباشرة، أو بالتسبب، أو بإثبات اليد العادية.

وحدّ المباشرة: اكتساب علة[1] التلف، كالأكل والقتل [والإحراق][2]. ونعني بالعلة ما يقال من حيث العادة: إن الهلاك حصل به، كما حصل بالقتل والأكل والإحراق.

وحد التسبب: اكتساب ما يحصل الهلاك عنده، لكن بعلة أخرى، إذا كان التسبب هو المهيىء لوقوع الفعل بتلك العلة. فيجب الضمان على المكره على إتلاف المال، والإكراه سبب؛ وعلى من حفر بئراً في محل عدوان، فتردت فيه بهيمة أو إنسان؛ فإن زاده غيره فعلى المؤدي تقديماً للمباشرة على التسبب. ولو فتح قفص طائر لغيره بغير إذنه فطار حتى لم يقدر عليه، أو حلّ دابة من مربضها فهربت، أو عبداً مقيّداً خوفَ الهرب فهرب، ضمن في جميع ذلك، لأن فعله سبب الإتلاف، وسواء كان الطيران والهرب عقيب الفتح والحلّ أو بعد مهلة. وكذلك السارق يترك الباب مفتوحاً وما في الدار من أحد، فيذهب منها شيء. فأما من فتح باب دار فيها دواب فذهبت، فإن لم يكن فيها أربابها ضمن، وإن كانوا فيها لم يضمن.

وقال أشهب: إن كانت الدواب التي في الدار مسرّحة ضمنها وإن كان رب الدار فيها.

---

(١) في الأصل: عدة، وهو تصحيف. (٢) والإحراق: سقطت من الأصل.

وأما إثبات اليد العادية فهو مضمن؛ إلا أنه إن كان بالقهر والغلبة سمي غصباً، وإذا جحد المودَع فهو في حالة الجحود متعدٍّ. وإثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابة فيكفي فيها الركوب.

ويثبت الغصب في العقار بالدخول وإن عاج المالك، وبالاستيلاء [على العقار][1] وإن لم يسكن. فأما لو غصبه السكنى فقط فانهدمت الدار إلا موضع مسكنه لم يضمن، ولو انهدم مسكنه لغرم قيمته.

ومهما أتلف الآخذ من الغاصب فالضمان عليه، حتى لو كان مغروراً، كما لو قدم الغاصب الطعام للضيف، فأكله ظناً منه أنه ملك المقدِّم، لضمن بالأكل. وكذلك لو قدم الغاصب الطعام إلى / المالك [٥٨ / ب] فأكله مع الجهل بحاله، فإن الغاصب يبرأ من الضمان، بل لو أكرهه على أكله فأكله كرهاً لبرىء الغاصب.

الركن الثاني في الموجب فيه، وهي الأموال:

وتنقسم إلى العين والمنفعة.

فأما العين فتنقسم إلى الحيوان وغيره.

فالحيوان كله، الرقيق وغيره، يضمن عند التلف بقيمته يوم الغصب.

وقال ابن وهب وأشهب وعبد الملك بن عبد العزيز: يضمن بأرفع القيم ما بين زماني الغصب والتلف. واختاره الشيخ أبو إسحاق.

وعند الإتلاف يخيّر ربه بين قيمته يوم الغصب أو يوم الجناية من الجاني إن كان غير الغاصب، وكذلك إن كان الغاصب على المشهور. فلو قطع إحدى يدي العبد كان ربه مخيّراً بين أن يأخذ الغاصب بقيمته يوم الغصب ويتركه له، وبين أن يأخذه ويأخذ أرش النقصان.

---

(١) على العقار: سقطت من الأصل.

وقال أشهب وسحنون: ربه بالخيار بين أخذه بغير أرش وبين أخذ قيمته يوم الغصب.

وكذلك عين الفرس والبقرة وما أشبه ذلك.

وأما الجمادات: فكل مُتَمَوَّلٍ معصومٍ لصاحبه مضمونٌ. فلا تضمن الخمر للمسلم، وتضمن للذمي.

وقال ابن الماجشون وأحمد بن المعذل: لا تضمن لمسلم ولا لذمي.

ولا يضمن ما نقص من الملاهي بكسرها وتغييرها عن حالها، إذ يجب ذلك.

ويضمن جلد الميتة بعد الدباغ، وقبله أيضاً، عند ابن القاسم وأشهب.

وروى القاضي أبو الفرج: أنه لا يضمن.

وقال القاضي أبو إسحاق: إلا أن يكون لمجوسي.

وقاله ابن القاسم أيضاً.

وخرجه القاضي أبو الفرج على قول مالك في مسألة ضمان الخمر للذمي.

والمستولدة والمدبّر والمكاتب في الضمان كالعبد القنّ.

وقال سحنون: لا تضمن المستولدة بمجرد وضع اليد عليها وإن ضمنت بالجناية.

ويضمن الكلب المأذون في اتخاذه.

وأما منفعة الأعيان فلا تضمن بالفوات تحت اليد العادية عند ابن القاسم.

وقال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأشهب وأصبغ في كتاب ابن حبيب: عليه الكراء إذا أغلق الدار، وبذر الأرض، ولم يستخدم العبد، ووقف الدابة.

وقال ابن حبيب: إذا باع الغاصب أو وهب غرم الغلة التي اغتلّ المشتري والموهوب له. فإن كان الغاصب معسراً رجع المغصوب منه على الموهوب له إن كان حيّاً أو على وارثه إن كان ميتاً، ولم يرجع على المشتري.

قال أبو الحسن اللخمي: وهذا مثل القول: إنه يغرم غلة الدار وإن أغلقها، لأن كليهما إنما يغرم ما حرم ربّها من تلك الغلات بغصبه، لأنه المسلط للمشتري والموهوب له.

وأما التفويت فاختلفت الرواية في حكمه، فروى أشهب وعلي بن زياد أن الغلة مضمونة من أي صنف كان المغصوب حيواناً أو ربعاً أو غير ذلك، سكن أو أجر.

وذكر القاضي أبو الحسن عكسها، وهو أنها لا تضمن على الإطلاق.

وروى ابن القاسم: الغاصب يضمن غلة الرباع والإبل والغنم، ولا يغرم غلة العبيد والدواب.

وقال أيضاً: يغرم ما استعمل.

وقال ابن المعذل: يغرم غلة ما لا يسرع إليه التغيّر كالدور والأرضين والنخل، [ولا يغرم غلة ما يسرع إليه التغيّر كالعبيد والحيوان][1].

وقال القاضي أبو بكر: الصحيح أن المنافع مال وأنها مضمونة،

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

سواء تلفت تحت اليد[1] العادية أو أتلفها المتعدي. فأما منفعة البضع فلا تضمن إلا بالتفويت، فعليه في الحرة صداق، بكراً كانت أو ثيباً، وأما الأمة فعليه ما نقصها، وكذلك منفعة بدن الحر لا تضمن إلا بالتفويت.

فرعان:

الأول: قال محمد: إذا غصب داراً خربة لا يقدر على سكناها حتى يصلحها، فسقف فيها وحفر وردم وأصلح حتى سكن، واغتلّت غلّة كبيرة، فلربها أخذها مُصلَحة، وأخذ ما اغتلّ منها، وكراء ما سكن، ولم يكن عليه مما أصلح شيء إلا قيمة ما لو نزعه لكان له قيمته.

وإن غصب مركباً خرباً لا يقدر على استعماله إلا بإصلاحه فعمره وأعدّه لحوائجه ثم اغتل غلة، كان جميع الغلة لمستحقِّهِ، ولا غرم عليه في شيء مما أنفقه، إلا مثل صاري أو رجل أو حبل.

قال: وأصبغ يذهب في ذلك إلى قول أشهب، ولم يعجبني.

قال أبو الحسن اللخمي: وقول أشهب أبين، فيقوّم الأصل قبل إصلاحه فينظر ما يؤاجر به ممن يصلحه فيغرمه، وما زاد على ذلك للغاصب. / [٥٩ / أ]

قال: ولا أعلمهم اختلفوا فيمن غصب أرضاً فبناها، ثم سكن واستغل: أنه لا يغرم سوى غلة القاعة.

الفرع الثاني: حيث ألزمنا الغاصب ردّ الغلات، فهل يرجع بما أنفق على العبد والدابة وبالسقي والعلاج أم لا[2]؟

قال ابن القاسم: له أن يقاصّ بما سقى وعالج مما بيده من الغلة، فإن عجزت الغلة عنه لم يرجع بما زاد عليها.

---

(١) في الأصل: حيث اليد.

(٢) كذا في س.

وروى أشهب: إن رب العبد أو الدابة إذا أخذ ذلك رجع بالكراء والغلة، وقاصّه فيه الغاصب بما أنفق على العبد أو الدابة.

قال غيره: ولو أكرى ذلك الغاصب وحابى له لأخذه بالمحاباة، فإن أعدم أخذ بها المكتري.

الركـن الثالـث: فـي الواجـب. وهو ينقسم إلى المثل والقيمة.

وحدّ المثل: ما تماثلت أجزاؤه في الخلقة والصـورة والجنس، وذلك مما يوزن أو يكال، كالذهب والفضة والحديد والصفر والنحاس والحنطة والشعير وجميع الأطعمة، وكذلك ما يعدّ مما تستوي آحاد جملته في الصفة غالباً، كالبيض والجوز ونحوه. ثم إن لم يسلّم المثل بعد أن تلف المغصوب حتى فقد المثل، فقال ابن القاسم: ليس عليه إلا مثله.

وقال أبو الحسن اللخمي: يريد: أنه يصبر حتى يوجد.

وقال أشهب: المغصوب منه بالخيار بين أن يصبر أو يأخذه بالقيمة الآن.

وقال ابن عبدوس: اختلف في ذلك كالاختلاف في السلم في الفاكهة بعد خروج الإبّان.

ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل لم يلزمه دفعه، لتمام الحكم بالبدل.

ولو أتلف مثلياً وظفر به في غير ذلك المكان، لم يكن له عليه مثل ولا قيمة، بل يصبر حتى يرجع إلى البلد الأول فيأخذ المثل.

وكذلك لو وجد الطعام المغصوب بعينه ببلد آخر لم يكن له على الغاصب إلا المثل في مكان الغصب، ولم يكن له أخذه. وبذلك قال ابن القاسم.

وروى محمد عن أشهب: أن ربه مخيّر بين أخذه أو أخذ الغاصب بمثله في مكان الغصب.

وقال سحنون: لا أعرف قول أشهب هذا، وإنما له أخذ مثله في موضع الغصب.

وكذلك روى أصبغ عن أشهب في الموازية والعتبية.

وقال أصبغ: إن كان البلد للبعيد، فالقول ما قال ابن القاسم، وإن كان قريباً كبعض الأرياف والقرى أخذه، ويحمل على الظالم بعض الحمل[1].

ولو كان المغصوب من الحيوان لم يكن لربه سوى أخذه حيث وجده.

وأما البز والعروض فربها مخير بين أخذه أو أخذ قيمته في موضع الغصب والسرقة.

وقال أشهب: إذا أصاب العروض والحيوان ببلد آخر فإن له أخذها، وإن شاء تركها وأخذه بقيمتها يوم الغصب ببلد الغصب، يأخذ ذلك منه حيث لقيه، وقاله أصبغ.

قال محمد: وقول أشهب صواب.

وقال سحنون: الرقيق والبزّ عندي سواء، ليس له إلا أخذه بعينه بغير البلد، واختلاف البلدان في ذلك كتغير الأسواق.

قال ابن القاسم: فإن اتفق المتعدي ورب الطعام على أخذه بعينه بغير البلد أو مثله أو الثمن الذي بيع به فذلك جائز. وكذلك لو اتفقا على أن يأخذ منه فيه ثمناً نقداً جاز، بمنزلة بيع الطعام القرض قبل قبضه؛ وقاله أصبغ.

---

(١) الحمل: سقطت من الأصل.

وأما على أخذ طعام كطعامه فلا يجوز.

وأما من لك عليه طعام ابتعته منه بعينه فتراضيتما أن يعطيك مثله بغير البلد، فهذا لا يجوز، لأنه بيع طعام بطعام ليس يداً بيد.

فــرع: إذا حكم للمغصوب منه بالمثل في بلد الغصب، إما بالإلـزام على قول ابن القاسم وسحنون، وإما لأنه اختاره، على قول أشهب، فلا يدفع الطعام المنقول إلى الغاصب حتى يتوثّق منه.

قال أشهب: يحال بينه وبينه حتى يوفى المغصوب منه حقه.

وقال أصبغ: يوثق له بحقه، قبل أن يخلى بينه وبينه، قاله محمد.

ومن أتلف حليّاً فعليه قيمته، وقيل: مثله.

ولو كسر الحلي فوجده ربه مكسوراً فله أخذه وأخذ قيمة الصياغة.

ولو كسره ثم أعاده على حالته فلصاحبه أن يأخذه بلا غرم.

وإن صاغه على غير صياغته لم يأخذه، ولم يكن له إلا قيمته يوم غصبه، قاله ابن القاسم وأشهب.

وقال ابن المواز: لا شيء له إلا قيمته، وإن أعاده إلى حاله[1]، لأن الغاصب ضمن قيمته.

ولو لم يكن غاصباً إلا متعدياً[2] لكان له أخذه إذا صاغه على حاله بغير غرم.

ولو اشتراه رجل من الغاصب فكسره ثم أعاده إلى حالته لم يكن لصاحبه / أخذه، إلا أن يدفع إلى المشتري قيمة صياغته، لأنه لم يتعدّ في الكسر. [٥٩ / ب]

---

(١) في الأصل: على حاله.

(٢) كذا في النسختين، ولعل الصواب: ولا متعدياً.

ولو اتخذ من الحنطة دقيقاً لم يكن له إلا مثل حنطته.

وقال أشهب: ربها بالخيار بين أن يأخذ مثل الحنطة أو يأخذ الدقيق، ولا شيء له في طحنه.

وأما المتقوّمات إذا تلفت فتضمن بقيمتها يوم الغصب.

وقيل: بأقصى قيمتها [من][1] يوم الغصب إلى يوم التلف كما تقدم.

ووقع في العتبية، من سماع ابن القاسم، فيمن تسوق بسلعته فأعطاه غير واحد بها ثمناً، ثم استهلكها رجل، فليضمن ما كان أُعطي فيها، ولا ينظر إلى قيمتها إذا كان حطاً قد تواطأ عليه الناس، ولو شاء أن يبيع به باع.

وقال سحنون: لا يَضمن إلا قيمتها.

وقال عيسى: يضمن الأكثر من القيمة أو الثمن.

ثم حيث قلنا: يضمن القيمة، فإن أبق العبد المغصوب ضمن قيمته[2] وأخذت منه، وصار العبد ملكاً له، والقيمة ملكاً للمغصوب منه، حتى لو وجد العبد بعد ذلك لم يكن له رجوع في القيمة، ولا للمغصوب منه الرجوع في العبد إلا بتراضيهما.

وقيل: لربه الرجوع.

ولا خفاء بأن الغاصب لو كتم العبد وادّعى هلاكه حتى أخذت منه القيمة ثم أظهره، أن لربه أخذه منه [متى شاء][3]، شاء الغاصب أو أبى.

---

(١) من: سقطت من الأصل.
(٢) س: القيمة.
(٣) متى شاء: سقطت من الأصل.

وإن تنازعا على تلف المغصوب فالقول قول الغاصب، لأنه ربما عجز عن البينة وهو صادق.

وما اختلفا[1] فيه من جنس المغصوب أو مبلغ كيله أو وزنه أو صفته فالقول قول الغاصب مع يمينه في جميع ما يشبه من ذلك.

وقيل: في الصورة المنتهية القول قول صاحبها إذا ادعى ما يشبه.

(١) في الأصل: اختلف.

الباب الثاني

في الطوارئ على المغصوب

من نقصان أو زيادة أو تصرف

وفيه فصول ثلاثة:

الفصل الأول

في النقصان

فإذا غصب ما قيمته عشرة فعاد إلى درهم فردّه بعينه فلا شيء عليه إذ لا يراعىَ انخفاض الأسواق كما لا يراعى ارتفاعها. وإن تلف قبل ردّه فالواجب عشرة، وهي قيمته يوم الغصب، وأعلى القيم.

ولو دخله عيب، أو زوال جارحة، أو نقص قلّ أو كثر، في عرض أو حيوان، رقيق أو غيره، بأمر من الله سبحانه، فالمغصوب منه مخيّر بين أخذ ذلك بعينه ولا شيء له في نقصه، وبين [تركه و][1] أخذ قيمته يوم الغصب؛ وإن كان العيب أو زوال الجارحة بفعل من الغاصب، فقد تقدّم حكم ذلك وبيان الخلاف فيه.

---

(١) تركه و: ساقط من الأصل.

وأما إن كان بجناية أجنبي ثم ذهب، فلا يؤخذ الغاصب بما نقصها، ولربه أن يضمنه قيمتها يوم الغصب، ثم للغاصب اتباع الجاني، وإن شاء ربها أخذها واتبع الجاني دون الغاصب بما نقصها.

ولو جنى العبد المغصوب جناية قُتل بها قصاصاً، ضمنه الغاصب إذا حصل الفوات تحت يده، وإن تعلق الأرش برقبته فقال ابن القاسم: إن شاء سيّده أخذ من الغاصب قيمته يوم الغصب، وسلّمه إلى المجني عليه؛ وإن شاء[1] أخذه ولم يرجع إلى الغاصب بشيء.

التفريــع: إن أخذ القيمة من الغاصب، فللغاصب أن يسلمه أو يفديه، و [إن أخذه تخير بين أن يسلمه إلى المجني عليه أو يفديه][2].

وقال أشهب: يسلم العبد إلى ربه، يسلمه أو يفتكه، ثم يرجع على الغاصب بالأقل من جنايته أو قيمته.

ولو حفر الغاصب بئراً في الدار فعليه ردم ما حفر فيها، وإن بناها فله نقضها، إلا أن يشاء رب الدار أن يعطيه قيمة نقضه مقلوعاً بغير طرح أجر النقض والتنظيف إذا كان لا يباشر ذلك بنفسه فله ذلك.

وإذا خصى العبد ضمن ما نقصه، فإن لم ينقصه ذلك أو زادت قيمته لم يضمن شيئاً وعوقب.

ولو هزلت الجارية ثم سمنت، أو نسي العبد الصنعة ثم تذكر حصل الخير.

ولو غصب عصيراً فعاد خمراً ضمن مثل العصير لفوات المالية، ولو صار خـلًّا لكان ربه بالخيار بين أن يأخذه خلًّا أو يغرمه مثله عصيراً.

---

(١) في الأصل: ولو شاء.

(٢) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

قال ابن القاسم وأشهب: ولو غصب خمراً لمسلم فخلّلها، فلربها أخذها خلاً لا غير ذلك.

قال أشهب: ولو كانت لذميّ لكان مخيّراً في أخذها خلًّا، أو قيمتها خمراً يوم الغصب.

وأما البذر إذا زرع والبيض إذا تفرخ، فالخارج ملك للغاصب / [٦٠ /أ] وعليه مثل ما غصب.

وقال سحنون في الفراخ: هي للمالك وعليه للغاصب قدر كراء ما حضنته دجاجته.

وفي المجموعة عن أشهب فيمن اغتصب دجاجة فباضت عنده فحضنت من بيضها، فما خرج من الفراريج فلربّها أخذها مع الدجاجة كالولادة.

وأما لو حضن الغاصب تحتها بيضاً من غير بيضها فخرج من ذلك البيض فراريج، وحضن بيضها تحت دجاجة أخرى، فليس للمغصوب منه إلا دجاجته. [وهذا](1) إن شاء، ولا شيء له مما خرج من البيض الذي حضنته من بيض غيرها، ولا مما حضنه(2) غيرها من بيضها، ويغرمه للمستحق بيضاً مثل بيضها. ومثل ذلك في كتاب محمد.

ثم قال: ويكون له فيما حضنت من بيض غيرها كراء مثلها.

قال الشيخ أبو محمد، يعني محمد على قول أشهب.

---

(١) وهذا: سقطت من الأصل.

(٢) س: حضنته.

الفصل الثاني
في الزيادة

وإذا غصب ثوباً فصبغه، فربّه بالخيار بين أخذ قيمته يوم الغصب، وبين أخذ الثوب. ثم إذا أخذه دفع للغاصب قيمة الصبغ.

وقال أشهب: لا شيء له في الصبغ، وإن نقصه الصبغ فله أخذ قيمته يوم الغصب أو أخذه بغير أرش.

ولو غصب طيناً فضربه لبناً لرجع عليه بمثل الطين لانتقاله بالصنعة.

وإن غصب شاة فذبحها وشواها، ضمن لربها قيمتها.

وكذلك لو ذبحها ولم يشوها.

وقال محمد بن مسلمة: إذا ذبحها ولم يشوها فلربّها أخذها مذبوحة، وما نقصها الذبح.

ولو غصب نقرة فصاغها حليّاً ضمن مثلها، ولم يأخذ الحلي.

وقال ابن القاسم: له أن يأخذ الفضة المصوغة والثوب المصبوغ أو المخيط إن شاء في جميع ذلك، ولا حجة عليه بالصنعة، إذ ليس لِعرْق ظالم حقّ[1] وإن شاء قيمة ذلك.

وإن غصب زيتاً فخلطه بزيته، وهو مثله، صار شريكاً بمكيلته، وإن خلطه بأدنى منه أخذه بالمثل من غيره.

---

(١) طرف حديث نبوي أخرجه الإمام أحمد عن عبادة أبي الصامت، وفيه أنه ﷺ «.... قضى أنه ليس لعرق ظالم حق». (المسند: ٥/ ٣٢٧).
وعرق الظالم: ما يحدثه في المغصوب.
قال ابن شعبان: العروق أربعة، ظاهران: البناء والغرس، وباطنان في الأرض: الآبار والعيون. (الحطاب، مواهب الجليل: ٥/ ٢٧٤).

ولو غصب ساجة أو سارية وأدرجها في بنائه لم يملكها بل يردّها لمالكها[1] وإن أدى[2] إلى هدم بنائه، وكذلك لو غصب لوحاً وأدرجه في سفينته لكان لصاحبه قلعه.

الفصـــل الثالـث

فـي تصرفـات الغاصـــب

وإذا باع الجارية المغصوبة، فوطئها المشتري وهو عالم لزمه الحدّ، وإن كان جاهلاً لم يُحَدَّ. أما الولد فهو رقيق، ولا نسب له إن كان عالماً، وإن كان جاهلاً انعقد على الحرية، وضمن المشتري قيمة الولد يوم الحكم إن كان باقياً إلا أن يكون يومئذ جنيناً فتؤخذ قيمته يوم الوضع إذا وضع.

وقال المغيرة: يضمن الولد بقيمته يوم الوضع وإن مات بعد ذلك، ويرد الأم.

وروى أنه يأخذ قيمتها من المشتري، وتكون أم ولد له، ولا شيء للسيد في ولدها.

فإن انفصل الولد ميّتاً فلا ضمان، وكذلك لو انفصل حيّاً ثم قتل قبل القيام، إلا أن يأخذ الواطىء فيه دية فيكون عليه الأقل منها أو من قيمته حياً.

فـــرع: في بيان الفرق بين الغاصب والمتعدي.

قال في الكتاب[3]: والمتعدي يفارق الغاصب في جنايته، لأن المتعدي إنما جنى على بعض السلعة، والغاصب كان لِجميعها غاصباً

---

(١) بل يردها لمالكها: وردت في س بالهامش.

ومن هنا تبتدىء القطعة التي رمزنا لها بحرف (م).

(٢) هنا ينتهي البتر في م، وبهذا يبدأ الجزء الثاني حسب تقسيم هذه النسخة.

(٣) انظر المدونة: ٥/ ٣٥٧ ـ ٣٥٨ ـ كتاب الغصب ـ فيمن استعار دابة أو اكتراها فتعدى عليها.

فضمنها يومئذ بالغصب، فلو تعدى رجل على صحفة [1] أو عصاً فكسرها، أو خرق[2] ثوباً، فإن كان ما صنع قد أفسد ذلك فساداً كثيراً فربه مخير في أخذ قيمة جميعه[3] أو أخذه بعينه وأخذ ما نقصه من التعدي. فإن كان الفساد يسيراً فليس له إلا ما نقصه بعد رفو[4] المتعدّي الثوب. وقد كان مالك يقول بغرم ما نقصه ولا يفصل بين قليل وكثير.

ثم قال: هكذا، وسواء كان حيواناً أو ثوباً أو غيره.

وقال أشهب في الفساد الكثير: إنما له أن يضمنه قيمة جميع الثوب أو يأخذه بنقصه، ولا شيء له مما نقصه. [٦٠ / ب]

وقاله ابن القاسم مرة، ثم رجع عنه.

وإذا فرعنا على الأول ففي معنى الفساد ما اتلف الغرض المقصود من العين عادة، وإن كانت الجناية في الصورة المشاهدة يسيرة، مثل أن يقطع ذنب الدابة أو أذنيها، فلا يمكن من جهة العادة الانتفاع بها من الوجه المقصود منه، مما يركب مثله القضاة وذوو الهيئات. رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ.

وهكذا إذا جنى على القلنسوة والطيلسان والعمامة جناية يعلم أن صاحبها ذا الهيئة والمروءة والمنزلة لا يلبسها على تلك الحال.

وإذا كان قد أتلف على المالك المنفعة المقصودة من العين فقد صار كمتلفها جملة بالإضافة إلى مقصوده، إذ الأعيان إنما تقصد وتقتَنى لمنافعها، فذهاب المنفعة المقصودة من العين التي اقتنيت من أجلها كذهاب[5] العين جملة.

---

(١) في الأصل: بياض مكان رجل على صحفة.

(٢) في الأصل: حرق.

(٣) في الأصل: جميعاً.

(٤) رفوت الثوب رفواً: إذا أصلحته.

وفي لغة أرفوه: مهموز بفتح الفاء. (المصباح: رفو).

(٥) في الأصل: بذهاب.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً[1]

كتاب الشفعة

وفيه ثلاثة أبواب.

الباب الأول[2]

في أركان الاستحقاق

وهي ثلاثة: المأخوذ، والآخذ، والمأخوذ منه.

الأوّل: المأخوذ. ومتى كان المبيع عقاراً منقسماً غير تابع في الانتفاع به لغيره، كان مأخوذاً بالاتفاق، ويلحق به ما كان تابعاً له ومتعلقاً به مما هو ثابت فيه[3] لا ينقل ولا يحوّل، وذلك كالجدران والبئر وفحل النخل، فتجب الشفعة في ذلك، ما دام أصله على صفة تجب فيه الشفعة، وهي: أن يكون مشاعاً غير مقسوم؛ واختلف في قسم ثالث كالثمار.

---

(١) البسملة والتصلية: لم تردا في س.

(٢) س: الباب الأول.

(٣) مما هو ثابت فيه: سقطت من س.

فقال ابن الماجشون: لا تؤخذ[1] بالشفعة.

وقال أشهب: للشريك الشفعة في الثمن، كان الأصل لهما أو لم يكن.

وفي الكتاب[2] قال مالك في قوم شركاء في ثمرة: إذا كان الأصل لهم أو كانت النخل في أيديهم مساقاة، أو كانت [نخلاً][3] حبساً على قوم، وأثمرت هذه النخل وحل بيعها، فباع أحدهم، فإن شركاءه في الثمرة يأخذون ما باع [بالشفعة بما باع][4] به.

قال محمد: وهو صواب[5] ما لم يتبين، إذا كان الأصل بينهما.

واختلف أيضاً في كتابة المكاتب، وفي الأرض بين الشريكين يؤاجر أحدهما حصته للزرع، وفي البناء القائم لقوم في عرصة[6] ليست لهم، كأهل حبس بنوا فيه، ثم مات أحدهم، فباع ورثته حصته من البناء. وكذلك إن بنوا في عرصة معارة، فباع أحدهم حصته من النقض، فرب الأرض مبدّأ، فإن شاء أخذ ذلك بالأقل من قيمته نقضاً أو الثمن، فإن أبى فلشريكه أخذها بالثمن.

وقال أشهب: لا شفعة في ذلك لشريكه، إذ لا ملك له في العرصة، وهو بيع لا يجوز، باعا جميعاً أو أحدهما، لأن رب الأرض له أن يبقيه ويؤدي قيمته نقضاً؛ أو يأمر بقلعه، فلم يدر المبتاع ما اشترى نقضاً أو ذهباً.

---

(١) في الأصل: لا يؤخذ.

(٢) المدونة: ٥/ ٤٢٧ - كتاب الشفعة، باب ما جاء في الشفعة في الثمرة.

(٣) نخلاً: سقطت من م ومن الأصل.

(٤) بالشفعة بما باع: سقطت من الأصل.

(٥) صواب: غير واضحة في م.

(٦) العرصة: البقعة التي تكون بين الدور، (اللسان: عرص).

ورواه عن مالك فيمن بنى في عرصة رجل بإذنه، ثم باع بناءه أن ذلك لا يجوز، وكذلك إن بنيا في عرصة محبسة عليهما، لم يجز بيعهما ولا بيع أحدهما.

واختلفت الرواية في أخذ ما لا ينقسم من الرباع والأرحية والآبار والعيون والشجرة الواحدة وشبه ذلك.

ومنشأ هذا الاختلاف[1]: النظر إلى علة الشفعة هل هي ضرر القسمة؟ فلا تجب فيما لا ينقسم، [أو ضرر الشركة فتجب فيما لا ينقسم][2] كما تجب فيما ينقسم؟.

قال القاضي أبو الحسن: والذي يقوى في نفسي أن فيه الشفعة.

ولا شفعة فيما عدا هذا من الحيوان والعروض والطعام وغير ذلك من أعيان الأملاك، ولا في حق من حقوق الملك كالممرّ وسبيل الماء[3] والطريق إلى العلو، وشبه ذلك.

الركن الثاني: الآخذ.

وهو كل شريك بالملك، فلا شفعة لجار[4] وإن كان ملاصقاً، وتَثْبت للشريك وإن كان كافراً، إذا كان البائع مسلماً، كان المشتري مسلماً أو ذمياً، وقيل: إن كان المشتري والشفيع ذميين فلا شفعة لأن المحاكمة بينهما.

وقال أشهب: تجب الشفعة إذا كان فيهم مسلم من غير تفصيل.

فرع: من شارك بحصة موقوفة[5]، فإن كان مرجعها إلى

(١) في الأصل: ومنشأ الخلاف.
(٢) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.
(٣) في الأصل: ومسيل الماء.
(٤) س: للجار.
(٥) من هنا يبدأ نقص في س.

المحبس فالشفعة له، وإن كانت لا مرجع لها إليه فلا شفعة له، إلا أن يريد المحبس أو المحبس عليه أن يلحق ذلك بالحبس فذلك له.

وقيل: ليس ذلك لـه.

قال أبو الحسن اللخمي: وهو أقيس، إذ الأصل له [ليس][1] يستشفع به.

الركن الثالث: المأخوذ منه.

[٦١ / أ] وهو كل من تجدد ملكه اللازم باختيار. وفي اشتراط / تجدده بمعاوضة روايتان، ثمرتهما نفي الشفعة في الصدقة والهبة لغير ثواب أو ثبوتها.

احترزنا بالمتجدد عن رجلين اشتريا داراً معاً، فلا شفعة لأحدهما على الآخر، [إذ لا تجدّد لأحدهما][2].

واحترزنا باللازم عن الشراء في زمان الخيار، فإنه لا يؤخذ بشفعة معه[3] حتى يختار.

واحترزنا بالتقييد بالاختيار عن الحاصل بالإرث.

وتثبت الشفعة في ما وراء ذلك من وجوه المعاوضات، بأي نوع كان من التمليكات، من مهر، أو خلع، أو بيع، أو إجارة، أو صلح من أرش جناية، أو قيمة متلف، أو دَمٍ عمداً أو خطأً، أو غير ذلك من المعاوضات، سوى المناقلة فإنها قد اختلف فيها.

فقال ابن القاسم في العتبية، فيمن باع نصف أرضه بأرض أخرى وبزيادة دنانير ففيه الشفعة.

قال: وقال بعض أصحابنا: إنه كان من قول مالك أو غيره من

---

(١) ليس: سقطت من الأصل، ومن س.

(٢) إذ لا تجدد لأحدهما: سقطت من الأصل.

(٣) في الأصل: لا يؤخذ فيه بالشفعة.

المدنيين: إنه [إن علم أنه][1] أراد المناقلة والسكنى ولم يرد البيع فلا شفعة، لأنه لم يكن يرضى أن يخرج من داره ويبقى لا دار له.

وقاله ربيعة، وذكرناه لمالك فلم يَره، وقال: فيه الشفعة.

قال العتبي: وقال مطرف وابن الماجشون: إنما قال مالك: لا شفعة، إذا كان بين أشراك داران أو حائطان، فناقل[2] أحدهم بعض أشراكه حصته من هذه الدار بحصته من الدار الأخرى أو الحائط، فيجتمع حظ كل واحد منهم في شيء واحد، لأنه إنما أراد توسعةَ حظه وجمعَه، وأما إن ناقل بنصيبه من دار أخرى لا نصيب له فيها ففيها الشفعة، عامل بذلك بعض أشراكه أو أجنبياً.

وحكى مثله كله ابن حبيب عن مطرف عن مالك وقال: وقد كان ابن القاسم يروي أن في ذلك كله الشفعة، والأول أحبّ إلي.

ويأخذ بالشفعة في الإقالة والشركة والتولية كما يأخذ في ابتداء البيع سواء.

وفي وجوب عهدته في الإقالة على المشتري أو تخييره بين البائع والمشتري خلاف، منشؤه تنفيذُ الإقالة وعدم تنفيذها.

فقال مالك في كتاب محمد: [بل][3] يأخذ الشفيع بعهدة بيع الإقالة.

قال أشهب: وهو استحسان، كان المستقيل البائع أو المشتري، والقياس أن يأخذ من أيهما شاء، ولو قاله قائل لم أعبه.

وقال ابن حبيب: قال مطرف وابن الماجشون: إن ظهر من حال

---

(١) إن علم أنه: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: فيناقل.

(٣) بل: سقطت من الأصل.

المتقايلين أنهما إنمَا قصدا قطع الشفعة فالعهدة على المبتاع لا تعدوه، وإن ظهر أن الإقالة بقصد صحيح لا لقصد قطع الشفعة فالخيار إلى الشفيع في أن يكون عهدته[1] على أيهما شاء.

وفي كتاب محمد وقاله أشهب وابن الماجشون في المجموعة، وقاله مطرف في الواضحة.

وإذا أسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا، كان للشفيع أخذها بالشفعة بعهدة الإقالة لأنه بيع حادث زالت فيه التهمة.

قال ابن الماجشون في المجموعة ومطرف في كتاب ابن حبيب: وكذلك لو ولّاه أو أشرك فيه فللشفيع الشفعة بذلك.

قال أشهب في كتاب محمد: ولو تقايلا بزيادة أو نقصان قبل تسليم الشفيع فله الشفعة على أيهما شاء.

وبالجملة، فحيث صححنا الإقالة ولم نتهمهما[2] فهي بيع مؤتنف، فيرجع البائع مبتاعاً، فيؤخذ منه بالشفعة لا بكونه[3] بائعاً.

قال الشيخ أبو الوليد: وإنما تكون العهدة عندنا على البائع للشفيع في المقارض يبتاع بمال القراض[4] شقصاً هو شفيعه أو رب المال شفيعه، لأن رب المال إن كانت له الشفعة فالمال ماله، فلا يصح له أن يكتب العهدة على نفسه، وإن كانت للعامل فلا يجوز له أن يجعل العهدة على رب المال فيما ابتاع بماله.

ومن باع شقص طفل تحت نظره فله الأخذ لطفل آخر؛ وإن كان

---

(١) م: عهدتها.

(٢) في الأصل: ولم يتهما.

(٣) في الأصل: لكونه.

(٤) هنا ينتهي النقص في س.

له شريك معهم فأخذ[1] بحصته تعقب فعله: فإن كان البيع أحوط[2] لليتيم أمضي وإلّا ردّ. وكذلك إن كان[3] هو الشريك وحده.

وإذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة وطولب بالشفعة، فليترك له ما يخصه لو كان المشتري غيره، فأما لو بقي البائع بحصته، فأراد أن يأخذ بها لم يكن له ذلك. وليس[4] لبائع فيما باع شفعة.

قال أشهب في المجموعة: من باع بعض[5] حصته من دار فلا شفعة له مع الشريك بما بقي، لأنه باع راغباً[6] في البيع، وإنما الشفعة للضرر.

وقال غيره: لو باع السلطان على غائب بعض شقصه في دين عليه، ثم قدم فلا / شفعة له فيه، وهو كما لو باعه هو. [٦١ / ب]

قال الشيخ أبو محمد: ويتبيّن لي أن رجلاً لو باع شقصاً له في دار، ثم إن المشتري منه باع ذلك الشقص من [رجل][7] آخر، أن لبائعه الأول فيه الشفعة، لأن هذا بيع ثان لم يَلِهِ البائع الأول، فأما لو وَلِيَه البائع الأول فلا حجة له فيه، وليس أخذه بالشفعة من المشتري منه، لأنه ولي بيعه.

وإذا تساوق الشريكان إلى مجلس الحاكم، وزعم كل واحد أن شراء الآخر متأخر وله هو الشفعة عليه، فالقول قول كل واحد في حصة[8] ملكه عن الشفعة.

---

(١) في الأصل: يأخذ.

(٢) س: أحظ ـ وفي الأصل: أحط.

(٣) س: لو كان.

(٤) م: فليس.

(٥) بعض: سقطت من س.

(٦) شفعة له. . . راغباً: وردت في س بالهامش.

(٧) رجل: سقطت من الأصل.

(٨) س عصمة.

فإن تحالفا أو تناكلا سقط[1] القولان.

وإن حلف[2] أحدهما ونكل الآخر قضي لمن حلف بالشفعة.

فــرع: إذا[3] بيع الشقص بيعاً فاسداً ردّ، ولم تكن فيه شفعة إلا أن يفوت بما يفوت به البيع الفاسد، وتجب فيه القيمة، فليستشفع[4] فيه حينئذ بها[5]، إن كان الفوات بغير البيع الصحيح.

فإن كان به أخذ الشفيع بثمنه، وليس له أن يأخذ بالعقد الأول، لأنه إذا أزيل البيع الصحيح بقي البيع الفاسد لا فوت فيه فيرد.

ولو أخذه من المبتاع الأول قبل الفوت ردّ. فإن فات عنده قبل الاطلاع عليه بقي بيده، وعليه فيه الأقلّ من قيمته يوم قبضه هو أو القيمة التي وجبت على المشتري الأول، لأنه لا يقدر على رده لفواته عنده، ولأن له أن يستشفع بالقيمة التي وجبت على المشتري الأول.

---

(١) س: تساقط.

(٢) في الأصل: خاف، وهو تصحيف.

(٣) في الأصل: إنما، وهو تصحيف.

(٤) س: فيستشفع.

(٥) بها: سقطت من س، م.

الباب الثاني
في كيفية الأخذ

والنظر في أطراف:

الأول: فيما يملك به.

ويملك بتسليم الثمن، وإن لم يرض المشتري، وبقضاء[1] القاضي له بالشفعة عند الطلب، وبمجرد الإشهاد على الأخذ، وبقوله[2] أخذت، وتملكت. ثم يلزمه إن كان[3] علم بمقدار الثمن، وإن لم يكن علم لم يلزمه.

الطرف الثاني: فيما يبذل من الثمن.

وعلى الشفيع بذل مثل ما بذله المشتري إن كان مثلياً، أو قيمته يوم العقد، إن كان من ذوات القيمة، وما لا تتحرر فيه[4] القيمة بقيمة الشقص فيبذل في المهور، وما عليه [من][5] الخلع، وما يصالح[6] عليه من دم عمد قيمة الشقص يوم العقد.

وقيل: يبذل في المهور صداق المثل، كما في استحقاقه من يدها. وفي هبة الثواب[7] يأخذ[8] بقيمة الثواب أو بمثله، ولا يأخذ بالشفعة إلا بعد دفع الثواب، فإن أثابه أكثر من القيمة، فقال ابن القاسم وعبد الملك: يأخذ بقيمة العوض، ما بلغ.

---

(١) س: ويقضي.
(٢) م: وبقوله له.
(٣) كان: سقطت من س.
(٤) في الأصل: به.
(٥) من: سقطت من الأصل.
(٦) في الأصل: صولح.
(٧) م: هدية الثواب.
(٨) يأخذ: طمست في م.

وقال أشهب: ذلك فيما قبل الفوت، فأما بعده فيأخذ بالأقلّ من الثواب أو قيمة الهبة.

وإذا باع الشقص بألف إلى سنة فللشفيع أخذه بمثل ذلك الدين إلى أجله إن كان ملياً، أو أتى بضامن مليّ.

وإن احتال البائع على الشفيع بالثمن لم يجز، لأن دينه لم يحل[1].

وإن عجل الشفيع الثمن قبضه المبتاع، ثم ليس عليه أن يعجل للبائع.

ومن ابتاع شقصاً وعرضاً بألف أخذ الشفيع الشقص بما يخصه من الثمن باعتبار قيمته يوم العقد، ثم لا خيار للمشتري فيما فرق عليه من الصفقة.

والأصل في المشتري أنه لا يضمن للشفيع شيئاً مما حدث في الشقص من عطب أو هدم أو حرق أو غرق، أو ما غار من عين أو بئر.

ولا يحط الشفيع لذلك من الثمن شيئاً، بل إما أخذ بجميع الثمن، وإما ترك.

وكذلك [لو][2] هدم البناء ليفنيه أو ليوسّع، فإما[3] أخذ ذلك مهدوماً مع نقضه، أو ترك.

وكذلك لو سكن حتى ينهدم البناء، فلا شيء عليه. ولا يحط لذلك من الثمن شيئاً.

وإن هدم المشتري ثم بنى، قيل للشفيع: خذ بجميع الثمن وقيمة ما عمر.

قال أشهب: يوم القيام، وله قيمة البناء الأوّل منقوضاً، قال ابن القاسم: وإلا فلا شفعة له.

---

(١) س: لأن ذمته لم تحل. (٢) لو: سقطت من الأصل. (٣) م: وأما.

وكذلك لو غرس لقيل له: خذ بجميع الثمن وقيمة الغرس.

فـرع: في تصوير هذه المسألـة.

وهي تصرف المشتري في الشقص قبل قيام الشفيع، وذلك أنه لا يتصرف بالبناء[1] والغرس في ملك مشاع، ولو فعل ذلك لكان حكمه حكم الغاصب. وإنما يبني ويغرس بعد القسمة، وبعدها[2] لا شفعة، لكن[3] فرض العلماء لها صوراً وقعت فيها القسمة بعد شراء الشقص المشفوع من غير إسقاط الشفيع لحقه في الأخذ.

منها: أن يكون الشفيع غائباً، ويطلب الشركاء / القسمة [٦٢ / أ] فيقاسمهم[4] القاضي على الغائب.

ومنها: أن يكون المشتري كذب في الثمن، فترك الشفيع الأخذ استغلاء، ثم قاسمه.

ومنها: [أن يكون][5] أحد الشريكين غاب ووكّل في مقاسمة شريكه، فباع شريكه نصيبه، ثم قاسم الوكيل المشتري، ولم يأخذ بالشفعة[6].

ومنها: أن يكون الشفيع غائباً وله وكيل حاضر على التصرف في أمواله فباع الشريك، فلم ير الوكيل الأخذ بالشفعة وقاسم المبتاع.

ومنها: أن يقول[7]: وهبت الشقص لغير ثواب ولم أشتره، فتسقط الشفعة على إحدى الروايتين فيقاسمه، ثم يثبت [الشراء.

وليس للشفيع شيء فيما اغتل المبتاع من غلة دار أو أرض أو ثمرة نخل قبل قيامه.

---

(١) س: في البناء.

(٢) في الأصل: وبعد ما، وهو تصحيف.

(٣) في الأصل: لكان، وهو تصحيف.

(٤) في الأصل: فيقاسم.

(٥) أن يكون: سقطت من الأصل.

(٦) س: الشفعة.

(٧) أن يقول: سقطت من س.

وله الشفعة في النخل بما][1] فيها من ثمر ما لم ييبس[2].

قال سحنون: الشفعة في الثمر مع الأصل ما لم ييبس[3] ويستغن عن الماء، بخلاف الزرع، [لأن الثمرة ولادة، ثم على الشفيع للمبتاع قيمة ما سقى وعالج.

وقال عبد الملك وسحنون: ليس عليه شيء إلا الثمن][4]، لأن المنفق أنفق على[5] مال نفسه.

ولو اشترى الشقص بثمن ثم حط عنه بالإبراء بعضَه نظر: فإن أشبه أن يكون [ثمنُ الشقص عند الناس ما بقي إذا تبايعوا بغير غبن، أو بالغبن الجاري به العادة بينهم، وضع عن الشفيع][6] ما وضع عن المبتاع، لأن ما أظهرا من الثمن الأول يتبين أنه إنما كان تسبيباً لقطع الشفعة؛ وإن لم يشبه أن [يكون ثمنها ما بقي بعد الحطيطة لم يحطّ للشفيع شيء.

وقال ابن القاسم أيضاً: إن كان ما حطّ مما جرت][7] العادة بحطه في البياعات لحق الشفيع وإن كان كثيراً مما لم تجر العادة بحط مثله لم يلحقه.

وقال أشهب: يلحقه الحط على الإطلاق، ومن غير تفصيل.

ولو وجد المبتاع بالشقص عيباً، وأراد [ردّه على البائع قبل أخذ الشفيع فذلك له.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.
(٢، ٣) س: يتبين.
(٤) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.
(٥) على: سقطت من الأصل.
(٦) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.
(٧) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

وكذلك إن وجد البائع بالعبد الذي هو عوض الشقص عيباً فأراد][1] استرداد الشقص قبل أخذ الشفيع، فأما لو كان بعد أخذه فليس له ذلك، ولا تنقض صفقة الشفيع.

ثم هل يقع الاستشفاع بقيمة العبد أو الشقص؟.

قولان، الأول لابن القاسم، والثاني لعبد الملك وسحنون.

فشبهة ابن القاسم بما لو كان قائماً بيد مشتريه ولم يرده، لأن ذلك الأخذ بيع حادث.

ورأى عبد الملك بن الماجشون وسحنون أن القيمة عادت ثمناً، وهي التي ودّى[2] المشتري فيه.

وإذا فرعنا على قول عبد الملك وسحنون، فكانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العيب، كان الشفيع بالخيار بين الأخذ بذلك أو الرد، كما لو استشفع على ثمن ثم تبيّن أن الثمن أكثر منه.

ولو وجد المشتري بالشقص عيباً بعد أخذ الشفيع لم يكن له طلب أرش، فإن ردّ الشفيع عليه ردّ هو [حينئذ على البائع.

ولو اطلع على عيب قبل أخذ الشفيع، إلا أنه حدث عنده عيب منع من الرد فأخذ أرشه][3]، فذلك الأرش محطوط عن الشفيع قولاً واحداً.

ولو[4] اشترى الشقص بكف من الدراهم لا يعرف وزنه، فليأخذ الشفيع بالقيمة وقيل: تبطل الشفعة.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.
(٢) في الأصل: وزن، وهو تصحيف.
(٣) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.
(٤) س: وإذا.

ولو خرج ثمن المبيع مستحقاً قبل أخذ الشفيع وهو متعيّن تبيّن بطلان البيع والشفعة.

[ولو استحق بعد أخذ الشفيع فهو فوت، ويمضي البيع والشفعة][1]، ثم لبائع الشقص على مبتاعه قيمته، كانت أكثر من الثمن أو أقلّ، ثم لا تراجع بينه وبين الشفيع.

وقال سحنون: إن غرم أقلّ رجع عليه بما بقي، وإن غرم أكثر خيّر الشفيع بين غرم الزائد أو ردّ الشقص. فإن كان الثمن مما يكال أو يوزن واستحق بعد أخذ الشفيع رجع البائع بمثل ذلك.

وقال سحنون: يرجع بقيمة الشقص لفواته.

وإن خرج ثمن الشفيع مستحقاً لزمه الإبدال، ولم يبطل ملكه ولا شفعته، وكذلك إذا خرج زيوفاً[2].

فرع: من اشترى أرضاً فزرعها فاستحق نصفها، وأراد المستحق أن يأخذ النصف الآخر بالشفعة والزرع لم يطلع، فأما النصف المستحق فزرعه[3] للمشتري وعليه فيه الكراء في إبان الزرع، وأما النصف المستشفع فهل يبقى زرعه للمشتري ولا كراء عليه فيه، أو يأخذ الشفيع نصف الأرض بنصف الثمن وقيمة نصف البذر والعمل؟، [فيه][4] قولان:

سببهما: الخلاف في أن الأخذ بالشفعة كالاستحقاق أو حكمه حكم البيع.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٢) زيوف: جمع زيف، وهو الدراهم الرديئة المردودة لغش فيها. (اللسان: زيف).

(٣) في الأصل: فنصفه.

(٤) فيه: سقطت من الأصل.

ولو تصرف المشتري بوقف أو هبة نقض[1]، وأخذ الشفيع الشقص وكان الثمن للمشتري، وإن كان ببيع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بالبيع الأول فينقضه، أو بالبيع الثاني.

وكذلك لو توالت عليه بياعات[2] كثيرة، كان له أن يأخذ بأيها[3] شاء فينتقض ما بعده.

ولو تنازع المشتري والشفيع في العفو عن الشفعة فالقول قول الشفيع.

وأما في قدر الثمن، فقال ابن القاسم: القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه مع اليمين، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع.

وقال أشهب: القول قول المشتري [بلا يمين إن أتى بما يشبه، وبالثمن إن أتى بما لا يشبه.

وأما في كون الشفيع شريكاً فالقول قول المشتري][4] فيحلف أنه لا يعرف له شريكاً.

ولو أقر المالك ببيع الشقص وأنكر الآخر الشراء حلف / أنه لم [٦٢/ ب] يشتر، وتسقط الشفعة، لأن عهدة الشفيع على المبتاع، ولم يثبت له ابتياع.

ولو أقر أنه باع من فلان الغائب فقدم فأقرّ كتب الشفيع العهدة عليه، وإن أنكر حلف ورجع الشقص إلى البائع.

---

(١) س: أو بقيمة نقص المشتري.

(٢) في الأصل تباعات، وهو تصحيف.

(٣) في الأصل: بأيهما.

(٤) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

وقال محمد: أحب إليّ أن لا يرجع وإن أنكر الغائب، لأنه مقرّ أن الشفيع أحق به بذلك الثمن.

قال أبو الحسن اللخمي: وقول محمد أصوب.

قال: وأرى أنَّ الحاضر مثله، له الشفعة، لأن المالك مقرّ بانتقال ملكه، وأن الشفعة واجبة للشفيع، وأن المشتري ظلمه في جحوده.

الطرف الثالث: في تزاحم الشركاء.

وإذا توافقوا في الطلب واستوت[1] حصصهم وزع الشقص المشفوع بينهم على قدرها، وكذلك[2] إن تفاوتت حصصهم، فإنه يقسم بينهم على قدرها أيضاً على المنصوص.

واستقرأ أبو الحسن [اللخمي][3] من قول عبد الملك وتعليله في مسألة تقويم الحصة الرقيق من العبد المعتق بعضه على المعتقين المختلفي الحصص [أن تكون الشفعة بين الأشراك المختلفي الحصص][4] على السواء.

فإن طلب بعضهم وترك البعض، فليس لمن طلب الاقتصار على ما يخصه لو طلب الجميع، بل إما يأخذ[5] جملة المبيع المشفوع، وإما ترك الأخذ جملة، واحداً كان الشفيع أو جماعة.

هذا إذا كانوا في الشركة سواء لا خصوص لبعضهم على بعض، فأما إن كان فيهم من له شرك أخصّ من غيره من الأشراك فهو أشفع وأولى من غيره ممن له شرك أعم، وذلك كأهل المورث الواحد

(١) في الأصبل: واستووا.
(٢) م: وذلك.
(٣) اللخمي: سقطت من الأصل.
(٤) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.
(٥) س: بل أمّا أخذ.

يتشافعون بينهم دون الشركاء الأجانب. ثم أهل السهم الواحد أولى من بقية أهل الميراث.

وبالجملة: فكل صاحب شرك أخص فهو أشفع، إلا أن يسلّم فيشفع صاحب الشرك الذي يليه، أعني الذي هو أعم منه. فإن سلّم الآخر شفع من هو أبعد منه، فإن باعت إحدى الجدتين أو الأختين أو الزوجتين شفعت الأخرى خاصة، فإن سلمت شفع بقية أهل السهام والعصبة، فإن سلموا شفعت الشركاء الأجانب.

ولو باع بعض العصبة كانت الشفعة بين بقيتهم وبين أهل السهام، فدخل ذوو السهام على العصبة، ولا يدخل العصبة على ذوي السهام، لأن العصبة ليسوا أهل سهم معين.

وقال أشهب: لا يدخل العصبة على أهل السهام ولا أهل السهام على العصبة، بل أهل كل سهم أشفع فيما باع بعضهم مما ورث معهم.

وروي عن مالك أيضاً، أن الشرك الأعم كالشرك الأخص فيتشافع جميع الأشراك من أهل المورث وغيرهم، فكلّ من له ملك في المبيع فله حقه من الشفعة فيما يبيعه أحد الشركاء.

قال القاضي أبو الحسن: وهو القياس، والأول استحسان.

فرع: اختلف فيمن أوصى لهم بثلث حائط أو سهم معلوم منه فباع بعضهم حصته:

فروى أشهب أن شركاءه أحق بالشفعة في ما باع من الورثة.

قال محمد: وقاله أشهب وابن عبد الحكم.

وقال ابن القاسم: للورثة الدخول معهم، كأهل السهام مع العصبة.

وإذا اتّحدت الصفقة والشفيع فلا ينظر إلى تعدد البائعين والمشتري والأشقاص[1]، بل إما أخذ الجميع وإما ترك، وكذلك لو اتحدت الصفقة والبائع والمشتري وإن[2] تعدد الشفيع.

وقال أشهب وسحنون: إذا تعددت الأشقاص والمشترون واتحد الشفيع، فله أن يأخذ من أحدهم وإن اتحدت الصفقة.

وقاله ابن القاسم مرة، ثم رجع عنه.

ولو تعدد الشفعاء والأشقاص لكان لكل واحد أن يأخذ ما هو شفيع فيه خاصة.

---

(١) م: أو الأشقاص.

(٢) في الأصل: فأن.

الباب الثالث
فيما يسقط به حق الشفعة

وللسقوط أسباب ثلاثة:

الأول: الترك[1] بصريح اللفظ.

الثاني: ما يدل عليه كالمقاسمة، وكالسكوت مع رؤية المشتري يهدم ويبني ويغرس.

وقيل: لا يكون ذلك قطعاً لشفعته، لكن يكون مقصّراً لمدة المهلة له في الطلب.

فأما ابتياع الشفيع الشقص من المبتاع، أو مساومته له فيه، أو مساقاته، أو كراؤه منه، فإن ذلك مسقط لحقه في الشفعة عند ابن القاسم.

وقال أشهب في كتاب محمد: هو على شفعته في ذلك كله.

واختلف أيضاً، في بيع الحصة التي يستشفع بها هل يسقط حقه من / الاستشفاع أم لا؟ ثم إذا قلنا: [إنه][2] يسقطه ففي إسقاط الاستشفاع [٦٣/ أ] في بعض الحصة المشتراة ببيع الحصة للمستشفع بها خلاف أيضاً.

تركيب:

قد تقدم في هذا الكتاب أن بيع الخيار لا يؤخذ فيه بالشفعة إلا بعد إمضائه، وقد تقدم في كتاب البيع الخلاف في أن بيع الخيار إذا

---

(١) في الأصل: الذي، وهو تصحيف. (٢) إنه: سقطت من الأصل.

أمضي هل يعدّ ماضياً من حين عقده أو من حين إمضائه؟ وعلى هذا الخلاف يتركب الخلاف في فرع.

وهو: من باع نصف دار من شخص بالخيار، ثم باع النصف الآخر من شخص آخر على البتل[1] هل تكون الشفعة لمبتاع الخيار أو لمبتاع البتل؟.

وتتركب على الخلاف في الفرعين، أعني عن بيع الحصة المستشفع بها وحكم بيع الخيار إذا أمضي الخلاف في فرع ثالث.

وهو: إذا باع أحد الشريكين حصته بيع خيار، ثم باع الآخر حصته بيع بتل. وقد اختلف في تعيين من له الاستشفاع في هذا الفرع على أربعة أقوال مبنية على صور الخلاف الأربع.

وبيان ذلك: أنا إذا فرّعنا على أن بيع[2] الحصة المستشفع بها يسقط حق بائعها من الاستشفاع بها انحصر حق الاستشفاع [في جانب][3] من ابتاع في الصورة المفروضة، ثم كان في تعيينه لمبتاع الخيار أو لمبتاع البتل قولان منشؤهما الخلاف في إمضاء بيع الخيار: هل هو إمضاء له من حين عقده أو من حين إمضائه؟.

وإن فرعنا[4] على أن بيع الحصة لا يسقط حق[5] الاستشفاع كان الأخذ بالشفعة من جانب من باع.

ثم كان في تعيينه لبائع البتل[6] أو لبائع الخيار قولان أيضاً مبنيان على الخلاف المتقدم في أن إمضاء بيع الخيار إمضاء له من حين عقده أو من حين إمضائه.

---

(١) صدقة بتلة: منقطعة من مال المتصدق بها، خارجة إلى سبيل الله. انبتل فهو منبتل إن انقطع. (اللسان: بتل).

(٢) أن: سقطت من الأصل.

(٣) في جانب: سقطت من الأصل.

(٤) م: وإن أمضينا.

(٥) س: من.

(٦) في الأصل: البت.

الثالث[1]: ترك القيام بعد العلم من غير عذر.

فقال ابن وهب في كتاب الشيخ أبي إسحاق: إذا علم بوقوع البيع فسكت فلا شفعة له.

والمشهور من المذهب: أنه لا بد أن يمضي من طول الزمان ما يعلم معه أنه تارك لها.

واختلفت الرواية في تحديد ذلك الزمان:

فروى أشهب في تحديده سنة، وقال بما روى.

ورُوِي عنه أنه بالغ في تحرير[2] التحديد حتى قال: إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة ولم يقم فلا شيء له.

وقال ابن ميسر: ما قارب السنة حكمه حكمها[3].

وفي العتبية من رواية أصبغ عن أشهب أنه قال: إذا عالج فيها المبتاع هدماً أو مرمّة فلا أرى إلا وتسقط[4] قبل السنة، وإن لم يكن كذلك فإلى سنة.

وروى ابن القاسم: ما زاد عليها، وقال به.

وقال أصبغ: السنتان والثلاث قليل.

وقال ابن الماجشون: الخمس سنين قليل، إلا أن يُحدث المشتري فيها بنياناً أو غرساً، فتنقطع شفعته في أقل من ذلك.

وحمل عليه الشيخ أبو الوليد أنه رأى في ذلك رأيه في الحيازة وهو عشرة أعوام. وقال[5]: قال أحمد بن المعذل: إن ابن الماجشون

---

(١) س: السبب الثالث.
(٢) في الأصل: في تحديد.
(٣) س: كحكمها.
(٤) في الأصل وفي س: إلا وستنقطع.
(٥) في الأصل: فقال.

رجع في شفعة الحاضر إلى العشرة بعد أن كان يقول بأربعين سنة.

وروي أن الشفيع على شفعته وإن طال ما لم يصرح بتركها.

والأصل في هذا الباب شواهد أحوال الشفيع القائمة مقام التسليم، وعلى ذلك يُخَرج ما نقل من الخلاف.

ومتى مضى من المدة ما يحتمل أن يكون سكوته فيها عن الطلب[1] تركاً لِحقه فللمشتري استحلافه على ذلك.

وفي العتبية من رواية ابن القاسم في شفيع قام بعد شهرين أيحلف؟ قال: لا.

وروي عنه فيمن قام بعد تسعة أشهر، قال: يحلف.

وروي في كتاب محمد أنه يحلف في سبعة أشهر أو خمسة ولا يحلف في شهرين.

قال ابن عبد الحكم: وإذا قال الشفيع: لم أعلم بالبيع وهو بالبلد فهو مصدق ولو بعد أربع سنين.

[قال][2] محمد: وإن الأربع[3] لكثيرة، ولا يصدق في أكثر منها. وقاله لي ابن عبد الحكم.

[ثم][4] للمشتري أن يرفع الشفيع إلى الحاكم متى شاء، فيلزمه بالأخذ أو بالإسقاط، فإن طلب مهلة ليتروى[5] في الأخذ أو الترك، ففي وجوب إسعافه بذلك خلاف:

وروي في المختصر: أنه يؤخر اليومين والثلاثة.

---

(١) في الأصل: على الطلب.
(٢) قال: سقطت من م ومن الأصل.
(٣) م: الأربعة.
(٤) ثم: سقطت من الأصل.
(٥) في الأصل: ليروى، وهو تصحيف.

وقيل: يجبر الآن على الأخذ أو الترك ولا يؤخّر.

ولو نجز الأخذ وطلب المهلة بالثمن أخّر ما لا يضرّ بالمشتري.

قال ابن القاسم: يتلوّم له اليومين والثلاثة.

هذا حكم الحاضر؛ وأما الغائب فهو على شفعته / وإن طال [٦٣ / ب] الزمان ما لم يصرح بإسقاطها إلى أن يحضر، فيعتبر في حقه من المدة ما اعتبر في حق الحاضر.

وكذلك الصغير إذا استقل بالنظر لنفسه، فيوم استقلاله كيوم حضور الغائب.

والسفيه والمجنون كالصبي والغائب، إلا أن يكون لأحد هؤلاء من ينظر في أمره، فيكون الاعتبار بحاله في الترك أو الأخذ وطول الزمان وقصره في حقه.

فرعان:

أحدهما: لو كان الشفيع حاضراً فأنشأ السفر بعد علمه بالشراء، فإن كان سفراً قريباً لم تبطل شفعته وإن حبسه عذر عن قرب العودة.

وأما إن كان سفراً بعيداً بحيث لا يرجع منه في العادة إلا بعد انقضاء أمد الشفعة على الخلاف المتقدم بطل حقه.

الثاني: إذا دفع المشتري للشفيع عوضاً، دراهمَ أو غيرَها، على ترك الأخذ بالشفعة جاز له أخذها، ويملكها إن كان ذلك بعد الشراء، فإن كان قبله بطل ورد المال وكان على شفعته. وكذلك لو سلم إليه الشفعة على غير مال، لاختلف الحال، فيلزم[1] بعد الشراء، ولم يلزم قبله.

---

(١) في الأصل: يلزم.

كتاب القسمة

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول

في القَسَّام وأجرته

أما القسام فالواحد يكفي، ويقبل القاضي قوله إن كان بتوليته، فإن ولي القسم[1] اثنان فهو أحسن.

وقال الشيخ أبو إسحاق: يلي القسمة اثنان فصاعداً، لأن فعلهما يجري مجرى الشهادة إن شهدا به وهما قائمان. وتُرَد بعد عزلهما، لأنهما حينئذ يشهدان على فعل أنفسهما.

وأما الأُجرة فقال ابن القاسم [في العتبية][2]: كره مالك ما جعل للقسّام مع القضاة في قسمتهم وحسابهم. ولم يكن خارجة بن زيد[3] ومجاهد[4] يأخذان في ذلك أجراً.

(١) في الأصل: فإن قسم.

(٢) في العتبية: سقطت من الأصل.

(٣) خارجة بن زيد بن ثابت الأنصاري البخاري المدني، أبو زيد. يروي عن أبيه وعمه يزيد، وعن أسامة بن زيد وغيرهم، وهو أحد الفقهاء السبعة، كان يقسم المواريث ويكتب الوثائق. ت ٩٩. (تهذيب التهذيب: ٣/ ٧٤ـ ٧٥، مشاهير علماء الأمصار: ٦٤).

(٤) مجاهد بن جبر، كنيته أبو الحجاج، وقيل: أبو محمد ـ تابعي من أهل مكة. ولد سنة ٢١، وكان فقيهاً زاهداً ورعاً. ت ١٠٢. (مشاهير علماء الأمصار: ٨٢).

قال ابن القاسم: وذلك رأيي.

ولينظر الإمام رجلاً يرضاه يُقيمه لذلك، ويُجري له عطاءه مع الناس، كما يجري للقاضي وغيره ممن يحتاج إليه المسلمون.

قال ابن حبيب: إنما كرهه لأن ذلك يأخذونه من أموال اليتامى وغيرهم، وأما إن أجرى لهم من بيت المال، فلا بأس بذلك[1]. وكذلك كل ما يحتاج الناس إليه في قسم غنائمهم.

قال: فإذا أجري له عطاؤه من بيت المال أو من الفيء لم يحلّ له أن يأخذ ممن يقسم بينهم شيئاً، لأنه كالقاضي المرتزق. فإن لم يُجرَ له رزق فلا بأس أن يأخذ منهم، ولو قسم احتساباً كان أفضل له.

وقد أجازه مالك له ولكاتب الوثيقة.

ويكون الأجر في ذلك على عددهم لا على أنصبائهم.

وأرى المأخوذ منه المال الذي كان على يديه كواحد منهم في غرم أجر الوثيقة، لأنه يُوَثّق له ولهم.

قال مالك: وكذلك لو طلب القسم أحدهم وأبى غيره فألزمه، فعلى الآبي والطالب أجرة القاسم سواء. انتهى كلامه.

وقال أصبغ: [أجرة][2] القاسم بين الأشراك على قدر حصصهم لا على عدد رؤوسهم.

---

(١) م: فلا بأس به.

(٢) أجرة: سقطت من الأصل.

الفصـــل الثانـــي
فـــي كيفيـــة القسمـــة

وهي في الأصل على ثلاثة أوجــه:

الوجه الأول: قسمـــة مهـايـــاة.

وهي ضربان: مهاياة في الأعيان، ومهاياة بالأزمان.

فالضرب الأول: أن يأخذ أحد الشريكين داراً يسكنها، ويأخـذ الآخر داراً يسكنها، أو هذا أرضاً يزرعها، وهذا أرضاً يزرعها.

والضرب الثاني: أن تكون المهاياة في عين واحدة بالأزمنة، كدار يسكنها هذا شهراً وهذا شهراً، أو أرضاً يزرعها هذا سنة وهذا سنة.

الوجـه الثانـي: قسمـة بيـــع.

وصفتها: أن يأخذ أحد الشريكين داراً على أن يأخذ الآخر داراً، أو بستاناً، أو دكاناً.

ومحصولها: بيع أحدهما حصته من الدار بحصة الآخر من الدار الأخرى، أو البستان، أو الدكان.

وهذه القسمة تجوز في المختلف والمتباين، كما تجوز في المتفق والمتقارب لأنها بيع.

وحكمهـــا حكمـــه.

الوجـه الثالـث: قسمة قيمة وتعديـــل.

وذلك إذا كانت الدار / مختلفة البناء، أو البستان مختلف الغراس، [٦٤ / أ] تختلف قيمة كل شيء فيه من نخل أو شجر وغير ذلك، فإنها تعدل بالقيمة[١] ويُضرَبُ عليها بالسهم.

(١) في الأصل: بالقسمة.

وصفة ذلك: أن[1] تقسم الفريضة وتحقق، وتضرب إن كان في سهامها كسر، إلى أن تصح السهام، ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسها، ثم تعدل على أقل السهام بالقيمة، فربما كان مقدار من المساحة من موضع بإزاء ثلاثة أمثاله من موضع آخر على حسب اختلاف قيم الأرض ومواضعها، فمن حصل له سهم من طرف، فإن كان بقدر حقه فقد استوفاه، وإن كان أقلّ من حقه ضمّ إليه مما يليه تمام حقه.

ووجه ذلك: أن القيمة إذا عرفت وعدلت على أقلّ السهام نظر، فإن تراضوا على أن يحصل لأحدهم من طرف، وللباقين من الطرف الآخر جاز. وإن تشاحّوا ضرب بالسهم بينهم، فمن حصل له سهم من جهة كانت له، فإن اختلفوا بأي الجهات يُبدأ في الإسهام عليه أسهم [على][2] الجهتين، فأيتهما خرج سهمها أسهم عليها، ثم كان الحكم فيه على ما بيّناه.

وصفة القرعة: أن تكتب أسماء الشركاء في رقاع، وتجعل في طين أو شمع، ثم ترمى كل بندقة في جهة، فمن حصل اسمه[3] في جهة أخذ حقه متصلاً في تلك الجهة.

وقيل: تكتب الأسماء وتكتب الجهات، ثم تخرج أول بندقة من الأسماء، ثم أول بندقة من الجهات، فيعطى من خرج نصيبه في تلك الجهة. وإذا قسمت الفريضة فكان لجماعة سهم واحد، قسم له كأخذ سهام الفريضة، ثم يقسم[4] بين أربابه قسماً ثانياً.

---

(١) في الأصل: كان.

(٢) على: سقطت من الأصل.

(٣) س: سهمه.

(٤) في الأصل: قسم.

فـروع فـي الطـواريء علـى القسمـة.

وهـي خمسـة.

الأول: العيـب.

فإذا اطلع أحد الشريكين على عيب في نصيبه رد الجميـع إن كان المعيب وجه ما نابَهُ، إلا أن يفوت ما بيد صاحبه ببيع أو هبة أو حبس أو صدقة أو هدم أو بناء، فتردّ قيمته يوم قبضه، فيقتسمان تلك القيمة مع الحاضر المردود.

وإن كان المعيب الأقلّ رده ولم يرجع في ما بيد شريكه، وإن كان قائماً لم يفت إذ لم ينتقض القسم ولكن ينظر، فإن كان المعيب قدر السبع مما بيده ـ مثلاً ـ رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ، ثم يقتسمان هذا المعيب.

الثانـي: الديْـن، فلو ظهر دين بعد قسمة التركة، نقضت القسمة، إلا إذا وفوْا الدين.

فإن دعا بعضهم إلى فسخ القسمة، ودعا الباقون إلى دفع الدين، فالقول قول من دعا إلى الفسخ.

وقال سحنون: لا تفسخ القسمة بطروء الدين.

قال ابن عبدوس عنه: ولكن ينظر ما الدين من قيمة جميع التركة يوم الحكم، فيرجع قاسم[1] ذلك الجزء فيما بيد كل واحد من الورثة على النسبة بقيمة يوم الحكم، لا على قدر مواريثهم.

الثالـث: إذا طرأ وارث بعد القسمة، فإن كانوا أمْلِياء، والتركة عيـن أخذ من كل واحد ما ينوبه.

---

(١) في الأصل: باسم، وهو تصحيف. وكذلك في س.

واختلف إذا وجد أحدهم معسراً، فقال ابن القاسم: ليس له أن يأخذ الموسر إلا بالقدر الذي كان يأخذ به لو كان جميعهم موسرين.

وقال أشهب وابن عبد الحكم: له أن يقاسم الموسر فيما صار له، كأنهما لم يَترك الميتُ غيرَهما، ويتبعان المعسر متى أيسر. ورأيا أن القسمة فاسدة وإن لم يعلموا بالطارىء.

والظاهر من مذهب عبد الملك أنها جائزة، إلا أن يكونا عالمين بالطارىء فتكون فاسدة.

وأصل ابن القاسم: أن ليس لأحد الشريكين أن يقسم العين دون شريكه، وأمضى القسمة هاهنا لما كان غير عالم، ولو كان عالماً لم يجز.

وأصل أشهب: الجواز.

وإن كانت التركة عقاراً، فإن كانت داراً واحدة اقتسماها نصفين، كان بالخيار بين أن يجيز القسم، ويكون شريكاً لكل واحد من أخويه بثلث ما في يده، أو يردّ فيجمع سهمه.

وإن كانت دارين، فأخذ كل واحد منهما داراً، فليس للطارىء أن يردّ القسم، وإنما يكون له أن يرجع على كل واحد من إخوته في ثلث الدار التي في يده، لأنه لو أدركها قبل القسمة لم يكن له سوى ثلث كل دار.

وإن كان العقار أكثر من ذلك استؤنف القسم.

واختلف في طروء الموصَى له بعد القسم، هل حكمه حكم الغريم، أو الوارث؟ فرأى ابن حبيب أنه كالغريم لتقديم الوصية على الميراث.

وفرق ابن القاسم فقال: إن أوصي / له بالثلث فهو بمنزلة [٦٤/ب] الوارث، وإن أوصي له بدنانير أو مكيل من طعام فهو بمنزلة الغريم.

الرابع: الاسحقاق.

فلو استحق بعض المال شائعاً لم ينتقض القسم، وأُتبع كل وارث بقدر ما صار إليه من حقه إن قدر على قسم ما بيده من ذلك، ولا يتبع الملي بما على المعدم.

وإن استحق بعض[١] معيّن[٢]، فقال ابن القاسم: إن كان كثيراً كان له أن يرجع بقدر نصف ذلك فيما في يد[٣] صاحبه يكون به شريكاً فيما بيده إذا لم يفت.

وإن كان الذي استحق تافهاً يسيراً رجع بنصف قيمة ذلك دنانير أو دراهم، ولا يكون [بذلك][٤] شريكاً لصاحبه.

هذا قول مالك، وقال ابن القاسم أيضاً: إذا اقتسموا الدور فاستحق من نصيب أحدهم شيء، فإن كان الذي استحق أو وجد به العيب هو الجلّ مما في يده أو أكثر ثمناً انتقضت القسمة بينهم كلها؛ وإن كان ليس كذلك ردّها وحدها، ورجع على شريكه في الاستحقاق بنصف قيمة ذلك مما في يد صاحبه.

ثم قال ابن القاسم: والدار الواحدة مخالفة في القسم للدور الكبيرة، لأن الدار الواحدة يدخل فيها الضرر عليه في ما يريد أن يبنى أو يسكن.

وقال أشهب: إذا استحق بعض نصيب أحدهما، وكان الأكثر أو الأقل أو ما فيه المضرة أو لا مضرة فيه، رجع على صاحبه بنصف ما

---

(١) بعض: سقطت من م.
(٢) في الأصل: العين.
(٣) س: بيد.
(٤) بذلك: سقطت من الأصل.

استحق في ما في يد صاحبه، وكان شريكاً [به][1]، ولا ينتقض القسم إذا فات ما بقي في يد المستحق منه بالبناء لأنه لا يقدر على ردّه.

الخامس: دعوى الغلط.

ومن ادعى غلطاً في القسمة لم يقبل قوله إلا بأمر يستدرك به من تفاحش الغلط وشبهه، فيكون القول قوله مع يمينه، أو يقيم البيّنة فتعاد القسمة.

الفصل الثالث
في إجبار من أبى القسمة عليها، وتمييز ما يجمع في القسم مما لا يجمع

أما الإجبار فمن طلب القسمة في ما لا ضرر في قسمته أجيب إليها وأجبر من أباها عليها، كانت مفتقرة إلى تعديل بالقسمة، أو انقسمت بأجزاء متساويَة. واختلف في ما كان في قسمته ضرر من وجه، مثل أن يكون قابلاً للقسمة في الجملة، إلا أنه تبطل صفته التي كان عليها وإن كان يتهيّأ الانتفاع به من غير ذلك الوجه، كالحمّام والرحى وشبههما، هل يجبر من أبى القسمة[2] عليها أم لا؟ روايتان.

ومن ملك شقصاً من دار لا يصلح للسكن لو انفرد ليسارته، فطلب القسمة أو طلبها شريكه، وأباها هو، أجبر الآبي منهما.

وروي أنه لا يجبر.

واختار ابن القاسم هذه الرواية.

والأولى أشهر عن مالك.

---

(١) به: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: قسمته.

وقال عيسى بن دينار: يجبر صاحب الكبير ولا يجبر صاحب اليسير.

ثم حيث تنازع الشركاء في ما لا ينقسم وأصروا، فمن طلب منهم البيع أجبر الباقون على موافقته، إلا أن يكون بيع حصته منفردة لا ينقص عن حصته من ثمن الجميع كالفنادق والديار الكبيرة وشبهها، فلا يجبر من أبى البيع أن يبيع.

وسبب الإجبار أن للشريك الانفراد بحقه، وذلك بقسمة العين إن أمكنت، فإن تعذرت فقسمة البدل؛ ولا يستوفي حصته [من الثمن][1] الذي هو البدل كاملة إلا إذا بيع جميع المشترك إذا لم يكن على الصفة المستثناة.

وإجبار المالك[2] على بيع ملكه لتعلق حق الغير به دفعاً للضرر عنه ليس بخارج عن تصرف الشرع كما في الشفعة، بل في أصل القسمة إذا قلنا: إنها بيع، وهو الصحيح عند مخالفنا.

وأما تمييز ما يجمع في القسم مما لا يجمع، فيجمع فيه البزّ كله، من ديباج وحرير وثياب وكتان وقطن، ويجمع مع ذلك ثياب الصوف والأفرية، إذا لم يكن في كل صنف من ذلك ما يحمل القسم في انفراده.

وقال ابن حبيب: قال لي مطرف وابن الماجشون: البز صنوف مختلفة، فلا يجوز قسمته بالسهم، إلا ما كان منها صنفاً واحداً أومتشابهاً، وإن عدل بالقسمة، إلا أن يكون قسمتهم على المراضاة، لا تقسم ثياب الخز والحرير والصوف والمرعزا / بالسهم مع ثياب القطن [٦٥ / أ] والكتان، ولا مع الفراء ولا مع الديباج.

---

(١) من الثمن: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: البائع.

وقال عبد الملك: فثياب القطن والكتان من البياض صنف واحد عندنا في قسمتها بالسهم إذا عدلت بالقيمة، وإن كان بعضها قمصاً وبعضها أردية وبعضها عمائم وبعضها جبباً.

ولا يجمع مع الأمتعة والثياب بسط أو وسائد.

ولا يجمع في القسم بالسهم الخيل والبغال والحمير والبراذين، ولكن يقسم كل صنف على حياله.

وتجمع الدور في القسم[1]، إذا كانت في النفاق والرغبة في مواضعها والتشاحّ فيها سواء، وكان بعضها قريباً من بعض؛ وأما إن اختلفت مواضعها فلتقسم كل دار على حدتها.

وإذا كان في الشجر أوْ فِي النخل ثمر فلا يقسم مع النخل أو الشجر.

وكذلك الزرع لا يقسم مع الأرض، ولكن يقسم النخل والشجر والأرض، ويترك الثمار والزرع حتى يحل بيع ذلك، فيباع ويقسم ثمنه، أو يقسم كيلاً[2].

---

(١) في الأصل: في النفقة، وهو خطأ.

(٢) أو يقسم كيله: سقطت من س.

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً[1]

كتاب القراض

وفيه ثلاثة أبواب.

الباب الأول[2]

في أركان صحته

وهي خمسة:

الأول: رأس المال.

وشروطه أربعة: وهي أن يكون نقداً، معيّناً، معلوماً، مسلّماً.

احترزنا بالنقد عن العروض وعن النُّقرة[3] ليست[4] مضروبة، على إحدى الروايتين، إذا كان التعامل بالمسكوك. فأما لو كان التعامل بها

---

(١) لم ترد البسملة والتصلية في س.

(٢) س: الباب الأول.

(٣) النقرة من الذهب والفضة: القطعة المذابة وهي أيضاً: السبيكة. والجمع نقار (اللسان: نقر).

(٤) س: التي ليست.

لجاز بها القراض قولاً واحداً. حكى ذلك أبو الحسن اللخمي.

فإن عمل بثمن العرض[1] فله أجر مثله في بيعه، وقراض مثله في العمل بثمنه.

ولا يجوز بالفلوس عند ابن القاسم.

وأجازه أشهب في إحدى الروايتين عنه.

ولا بالدراهم المغشوشة، قاله القاضي أبو محمد.

واستثنى القاضي أبو الوليد المسكوك منها في بلد يكون التعامل فيه بها، واستشهد بأنها صارت هناك أصول الأثمان وقيَم المتلفات.

قال:[2] وقد اتفق الأصحاب على تعلق الزكاة بعينها، وذلك يدل على إعطائها حكم العين لا حكم العرض.

والضابط لهذا الحكم: أن كل ما تختلف قيمته بالارتفاع والانخفاض لا يجوز أن يجعل رأس مال، لأنّه إذا ردّ بالأجرة إليه لم يتميّز الربح، إذ ربما ارتفعت قيمته فيستغرق رأس المال جميع الربح أو بعضه، أو تنقص قيمته فيصير بعض رأس المال ربحاً.

واحترزنا بالمعلوم عن القراض على صرّة دراهم أو دنانير، فإنّ جهلَ رأس المال يؤدي إلى جهل الربح.

واحترزنا بالمعيّن عن القراض على دين في الذمة.

أما لو كان له[3] ألف وديعة في يده فقارضه عليه لكره ابتداء، فإن نزل مضى. ولو كان عليه دين في ذمّته لم يجز كما تقدم. وكذلك لو

---

(١) م: العروض.

(٢) قال: سقطت من س.

(٣) له: سقطت من م.

أحضره حتى يقبضه، فإن نزل[1] فليس له إلا رأس ماله.

وروي عن أشهب: إن نزل مضى.

وكذلك لو كانت الدنانير عنده رهناً لم يجز أن يقارضه بها حتى يردّها.

وكذلك لو كانت تحت يد أمين، لم يقارض بها الأمين حتى يردّها إلى ربّها.

وأردنا بالمسلّم أن يكون في يد العامل، فإن شرط المالك أن يكون له يد، أو يُراجَع في التصرف، أو يُراجع وكيله، فسد القراض، لأنه تضييق للتجارة.

ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك، على أن يكون للغلام نصيب من الربح جاز.

وقال أشهب: لا يجوز.

فرع: لو دفع له مالين على جزء متفق، أو جزءين مختلفين جاز، إن كان على أن يخلطهما، لأنه يؤول إلى جزء معلوم؛ وإن كان على أن لا يخلطهما لم يجز مع اختلاف الجزءين. فإن كانا بجزء متفق، فأجازه محمد، ومنعه ابن حبيب.

قال: فإن نزل كان[2] أجيراً.

ويستوي فيما ذكرناه دفعهما معاً أو متعاقبين، إذا دفع الثاني قبل شغل الأوّل، ولو شغل الأول لجاز، كان الجزء متفقاً أو مختلفاً.

وروي في كتاب محمد في المختلف: لا يعجبني ذلك.

(١) في الأصل: فلو نزل.

(٢) كان: أضيفت في م بالهامش.

ولا يجوز أخذ الثاني على الخلط بعد الشغل، كان الجزء متفقاً أو مختلفاً.

ولو لم يشترط الخلط جاز، ولا يكون على الخلط حتى يشترطه.

[٦٥ /ب] ولو نض الأول وفيه خسارة أو ربح / لم يجز عند ابن القاسم أن يأخذ منه[١] قراضاً آخر بحال، لا على الخلط ولا على الانفراد، كان[٢] الجزء متفقاً أو مختلفاً.

وأجازه غيره بثلاثة شروط: وجود الربح، وموافقة الجزء، وعدم الخلط.

الركن الثاني: العمل.

وهو عوض الربح.

وشروطه ثلاثة: وهي أن تكون تجارة غير مضيّقة بالتعيين أو التأقيت.

احترزنا بالتجارة عن الطبخ والخَبْز والحِرَف. فإن عقد القراض على أن يعمل العامل بيده في السلع كصياغة الفضة، أو خرز الجلود [خفافاً][٣]، أو نحوه، فذلك فاسد، والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء، لا بالحرفة والصناعة.

[ثم][٤] لو عين صنفاً[٥] من الخزّ خاصاً، أو نوعاً من البزّ كذلك، أو عين شخصاً للمعاملة[٦] فهو فاسد لأنه تضييق.

(١) منه: سقطت من م.
(٢) س: إذا كان.
(٣) خفافاً: سقطت من الأصل.
(٤) ثم: سقطت من الأصل.
(٥) م: جزءاً.
(٦) م: من المعاملة.

ولو عين جنس البز، أو غيره من الأجناس الكثيرة الوجود جاز لاعتياده.

ولو ضيق بالتأقيت إلى سنة ـ مثلاً ـ ومَنَعَ من التصرف بعدها فهو فاسد، مثل أن يقول: قارضتك سنة.

الركن الثالث: الربح.

وشرطه أن يكون معلوماً بالجزئية، لا بالتقدير، احترازاً[1] عمّا إذا قال: لك من الربح ما شرطه فلان لفلان. ولا يلزم تخصيصه بالعاقدين، بل [لو][2] شرط جزءاً من الربح للمساكين لجاز. ولا يشترط اشتراكه، بل لو شرط الربح كله للعامل، ولا ضمان عليه في المال، أو لرب المال، لجاز.

ولو قال: على أنّ لك في الربح شركاً، ولم يقل: نصفاً ولا غيره؛ فإن كان لهم عادة أن يكون على النصف أو على الثلث فهو على ما اعتادوه؛ وإن لم تكن لهم عادة مخصوصة، فقال ابن القاسم: يكون على قراض مثله.

وقال غيره: يكون له النصف.

واحترزنا بالجزئية عما إذا قال: لك من الربح مائة أو درهم، فلا يصح، لأنه ربما لا يزيد الربح على ما ذكر.

وكذلك لو قال: لك درهم أوْ لي درهم من الجملة والباقي بيننا، فكل ذلك فاسد، إذ ربما لا يكون الربح إلا ذلك القدر.

فأما لو قال: على أن يكون لي دينار من كل عشرة من الربح، والباقي بيننا، على جزء يسمّيه، لصحّ[3]، إذ مآله إلى الجزء، لأنه يؤول

(١) س: احترزنا بالمعلوم. م: احترزنا.

(٢) لو: سقطت من الأصل.

(٣) في الأصل: فصح.

في قوله: والباقي بيننا نصفان إلى خمسة أجزاء ونصف له، وللآخر أربعة أجزاء ونصف جزء[1].

ولو قال: على أن النصف لـك وسكت عن نائب نفسـه صحّ.

وكذلك لو قال: على أن النصف لي، إذا فهم أن النصف الآخر للجانب الآخر.

الركـن الرابـع والخامـس: العـاقـدان.

ولا يشترط فيهما إلا ما يشترط في الوكيل والموكل.

نعم لو قارض العامل غيره بغير إذن رب المـال كان متعدّياً.

ولو تعدد العامل واتحد المالك، أو بالعكس فلا حرج، غير أنه يشترط في تعدد العامل توزيع الربح بينهـم على قدر أعمالهم.

فإن قيل: لو فسد القراض وفات فما المستحق به؟.

قلنا: اختلف في ذلك على ثلاث روايات:

روى ابن عبد الحكم: أنه يرد إلى قراض المثل.

وقال به أشهب وابن الماجشون.

وروى القاضي أبو محمد: أنه الظاهر.

وذكر هو أنه روى عن مالك: ردّ جميع ما فسد من القراض إلى أجرة المثل.

وروي أن منه ما يرد إلى قراض المثل، ومنه ما يردّ إلى أجرة

---

(١) م: وللآخر أربعة ونصف.

المثل. حكاها ابن حبيب عنه، وقال بها ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن نافع ومطرف وأصبغ.

ثم اختلف في تفصيل ذلك وتعيينه على طرق:

الأولى: ما قاله ابن القاسم، وهو أن كل ما اشترط رب المال[1] فيه على العامل أمراً قصره به على نظره، أو شرط فيه زيادة خالصة لنفسه[2]، أو شرطها العامل كذلك فهو مردود إلى أجرة المثل، وما سوى ذلك كأخذه المال على الضمان أو إلى أجل وشبه ذلك فهو مردود إلى قراض المثل.

الطريقة الثانية: ما حكاه محمد بن حارث[3]: أن كل قراض فسد في أصله لزيادة لا تحلّ، أو لتحظير لا ينبغي، فحكم العامل فيه أن يكون أجيراً، وما سوى ذلك فمردود إلى قراض المثل حاشا مسألتين: إحداهما: إذا اشترط الضمان على العامل، والأخرى: إذا اشترط على العامل أن يمسك المال مدة معينة فقط كسنة أو غيرها، فإنه يرد في هاتين المسألتين إلى قراض مثله. / [٦٦ / أ]

الطريقة الثالثة: ما ذكره أبو محمد عبد الحق.

قال: الأصل في ذلك أن كل زيادة أو منفعة شرطها أحد المتقارضين[4] هي للمال داخلة فيه ليست خارجة عنه ولا خالصة لمشترطها فهو يرد إلى قراض مثله، وكل زيادة أو منفعة شرطها أحدهما لنفسه خارجة عن المال خالصة لمشترطها فهو يرد إلى أجرة مثله[5]؛

---

(١) رب المال: سقطت من م.

(٢) لنفسه: سقطت من م.

(٣) أصول الفيتا في الفقه: ١٥٣، رقم الفقرة: ٢٢٨.

(٤) في الأصل: المتقاوضين، وهو تصحيف.

(٥) وكل زيادة.... مثله سقطت من م.

وكل خطر وغرر تعاملا عليه خرجا به عن سنة القراض الجائز؛ فهو يردّ إلى أجرة مثله.

وروى محمد في العامل يشترط عليه الضمان: أن له الأقل من قراض المثل أو مما سمي من الربح.

فـرع: والفرق بين قراض المثل وأجرة المثل [أن][1] المستحق بقراض المثل متعلق بربح المال، وإن لم يكن في المال ربح فلا شيء للعامل؛ والمستحق بأجرة المثل متعلق بذمة رب المال، ربح المال أو خسر.

هذا قول أصحابنا إلا ابن حبيب، فإنه قال: له أجرة مثله[2] من الربح، فإن لم يكن في المال ربح فلا شيء له كالأول.

قال القاضي أبو محمد: ومن أصحابنا من يجعل قراض المثل مع الربح وعدمه، ويفرق بينهما بأن يجعل حظ العامل بقدر ما يساوي عمله مما رضيه عوضاً لو صح العقد فيكون له بقيمة ذلك.

وسبب الخلاف في إيجاب قراض المثل وأجرة المثل: الالتفات إلى أصل مختلف فيه في المذهب[3]، وهو أن كل عقد مستثنى عن أصل إذا فسد: هل يرد إلى صحيح العقد المستثنى، أو إلى صحيح الأصل[4] المستثنى عنه؟ والخلاف فيه مشهور.

وأما التفصيل فقال القاضي أبو محمد: تفصيل ابن القاسم استحسان وليس بقياس.

---

(١) أن: سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: المثل.

(٣) في المذهب: وردت في هامش م.

(٤) الأصل: وردت في هامش م.

قال: ووجه ما رواه محمد أن قراض المثل إن كان الأقل فقد رضي به العامل، لأنه إذا رضي أن يعمل على أن يكون عوضه على العمل من الربح على الفساد بما ذكر، فقد رضي أن يكون في ما يصح بحسابه، وإن كان المسمى الأقل فليس له زيادة عليه.

وأما طريقة ابن الحارث وعبد الحق فمستند كل واحدة منهما النظر إلى صورة الفساد، فإن أبعدت العقد عن معنى القراض كثيراً رجع الأمر فيه إلى أنها إجارة وألغي قصدهما للقراض[1]؛ فإن لم تبعده عنه كثير إبعاد[2]، بل كان الخروج عن معنى القراض قريباً ردّ إلى قراض مثله.

ثم اختلافهما في الصورة التي نصا عليها راجع إلى الاختلاف في الشهادة.

---

(١) في الأصل: إلى القراض.

(٢) في الأصل: بعدد، وهو تصحيف.

الباب الثاني

في حكم القراض الصحيح

ولـه خمسـة أحكـام:

الأول: أن العامل كالوكيل في تنفيذ تصرفه بـالنقد، فـلا يبيع بالنسيئة إلا بإذن، فإن فعل ضمن الخسارة، ولم يستبدّ بالربح، بل كان بينهما على شرطهما. ولا يشتري بالنسيئة وإن أذن له فيه. ولكن يبيع بالعرض[٣] كما يبتاعه.

وله الرد بالعيب وإن أبى ذلك المالك لتعلق حقه به، إلا أن يكون ثمنه جملة المال فللمالك أن يمضي البيع ويقبله بجملة ماله وإن أبى العامل. ولا يشتري العامل من المالك للقراض خشية أن يتذرع بذلك إلى القراض بالسلع.

ولا يشتري للقراض بأكثر من رأس المال، فإن اشترى لم يقع القراض، وانصرف إليه هو.

فـروع:

الأول: إذا اشترى العامل بمال القراض من يُعتق على رب المال، فإن كان عالِماً موسراً عتق، وكان ولاؤه لرب المال، وعلى العامل له غرم ثمنه. وإن كان عالماً معسراً لم يبع منه بقدر رأس المال وحصة ربحه، وعتق على العامل ما بقي منه.

---

(٣) م: بالعروض.

قال سحنون: هذا أحسن ما جاء في ذلك من الاختلاف.

فإن[1] كان غير عالم عتق على رب المال ولا غرم على العامل، بل يرجع العامل عليه بما يخصه فيه من فضل إن كان.

الفرع الثاني:

إذا اشترى العامل بمال القراض من يعتق عليه ولا ربح في المال لم يعتق عليه[2]، كان موسراً أو معسراً. ولو كان موسراً وفي المال فضل لعتق[3] عليه بقيمته إن كان غير عالم، وبالأكثر من قيمته أو ثمنه إن كان عالماً.

وقال المغيرة: يعتق عليه قدر حظه منه، ويقوم عليه حظ رب المال يوم الحكم خلاف قول ابن القاسم.

[٦٦/ب] قال في الكتاب[4]: وإن كان موسراً وقد علم، رأيت أن يعتق / عليه، ويدفع إلى رب المال رأس ماله وربحه.

قال الشيخ أبو محمد: يريد إن كان فيه فضل.

وإن كان معسراً وفي المال فضل، عتق عليه منه مقدار ما خصه منه فقط.

الفرع الثالث:

إذا اشترى العامل بمال القراض أمة فوطئها فحملت[5]، فإن كان ملياً

---

(١) س: وإن.

(٢) عليه: سقطت من م.

(٣) س: عتق.

(٤) المدونة: ٥/ ١٢٤ كتاب القراض، في القارض يشتري رب المال أو والده أو ولد نفسه أو والده.

(٥) في الأصل: فحملها.

كانت أم ولد [له][1]، ولا فرق بين أن يبتاعها لنفسه بمال القراض على وجه الاستسلاف[2] له، وبين أن تكون بيده لمال القراض فيطأها. قاله ابن حبيب.

ثم اختلف أصحابنا في الواجب عليه في مقابلتها.

ففي كتاب محمد: قيمتها يوم الوطء.

وقال ابن حبيب: الأكثر من ثمنها أو قيمتها يوم الوطء.

وقال محمد: الأكثر من الثمن أو قيمتها يوم الوطء أو يوم حملت.

وأما إن كان معدماً، فإن كانت مشتراة للقراض كان رب المال بالخيار بين أن يضمنه إياها ويتبعه بقيمتها يوم الوطء في ذمته، وليس له من قيمة الولد، ولا ممّا[3] نقصها الوطء شيء، وبين أن يبتاع جميعها إن لم يكن في المال ربح، فإن كان فيه ربح بيع منها بقدر رأس المال وحصة ربه من الربح[4]، وبقي ما يخصه هو من الربح بحساب أم ولد على الخلاف في ذلك. ولو نقص ثمن ما بيع منها عن قيمتها يوم الوطء لأتبعه بذلك النقصان مع نصيبه من قيمة الولد، إن شاء تماسك بنصيبه منها، أو أتبعه بما يصيبه من قيمة الولد. قاله عيسى.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا على ما اختاره ابن القاسم.

وأما على ما اختاره أشهب، فإن من ضمن قيمة أمة بالوطء من شريك أو مقارض فإنه لا شيء عليه من قيمة ولدها.

وإن كان اشتراها للوطء فحملت، فقال ابن القاسم: تكون له أم ولد، ويتبع بالثمن أو بالقيمة، على اختلاف في ذلك عنه.

وقال مالك: تباع.

---

(١) له: سقطت من الأصل.

(٢) م: الاستيلاف.

(٣) م: بما.

(٤) م: وحصته من الربح.

قال الشيخ أبو الوليد: هذا إن لم يكن فيها فضل، فإن كان فيها فضل فعلى ما تقدم من الاختلاف.

ثم قال: والذي عندي أن الخلاف في بيعها بعد حملها إنما هو محمول على ما إذا شككنا هل اشتراها للمال أو للوطء.

قال: فأما لو قامت بيّنة بشرائه إياها للوطء لا للقراض لوجب أن لا تباع، قولاً واحداً.

ولو وطئها العامل فلم تحمل، فإن كان مليّاً فرب المال يخيّر بين أن يضمنه قيمتها يوم الوطء، أو يلزمه إياها بالثمن؛ وإن كان معسراً بيعت فيما لزمه[1] من قيمة أو ثمن.

الحكم الثاني: أن عامل القراض إذا تعدّى، فإن قارض عاملاً آخر بغير إذن المالك، فإن كان في المال ربح، فإن اتفق الجزآن فالربح بين ربّ المال والعامل الثاني، ولا شيء للأول؛ وإن اختلفا، فكان الأول أكثر، فالزائد للمالك، وإن كان أقل، فلرب المال شرطه، ويرجع العامل الثاني على العامل الأول. وقيل: للعامل الثاني حصته كاملة، ويرجع رب المال[2] على العامل الأول بباقي حصته.

فـــرع:

لو هلك بعض المال بيد العامل الأول، ثم دفع ما بقي لمن عمل فيه فزاد المال، فربحه على ما كان، لأخذ المالك رأس ماله بكماله وحصته مما يزيد عليه.

وقيل: يكون رأس ماله ما قبضه العامل الثاني، ويأخذ حصته من الربح، ويرجع بباقي ما كان يخصّه لو قاسم على رأس ماله أو على العامل الأول.

---

(١) م: يلزمه.

(٢) في الأصل: رب المالك، وهو تصحيف.

الحكم الثالث: للعامل أن يسافر بمال القراض، إلا أن يحجر عليه.

وقال ابن حبيب: السنة أن لا يخرجٍ بالمال، إلا أن يأذن له صاحبه، فإن سافر به بعد التحجير كان ضامناً، وله قسطه من الربح.

وإذا سافر بالإذن، أو بمقتضى إطلاق العقد من غير تحجير، فأجرة النقل على مال القراض، وليس على العامل إلا التجارة، وما جرت العادة بفعل مثله من النشر والطيّ ونقل الشيء الخفيف. فإن استأجر على ما هو عليه فعليه الأجرة.

ونفقته في الحضر على نفسه، وله في السفر نفقته بالمعروف ذاهباً وراجعاً بالمال.

قال ابن القاسم: وله أن يكتسي منه في بعيد السفر، ولا يكتسي في قريبه، إلا أن يقيم إقامة يحتاج فيها إلى الكسوة.

وقال ابن حبيب: من قول مالك إنه ينفق في قريب السفر في ركوبه وطعامه ولا يكتسي / إلا في بعيده، وذلك كله في كثير المال، [٦٧ / أ] فأما إن كان المال قليلاً فلا نفقة له، ولا كسوة، ولا ركوب.

قال محمد: وقيل في خمسين ديناراً كثير.

قال ابن القاسم: وله أن يؤاجر من يخدمه في سفره إن كان المال كثيراً، وكان مثله لا يخدم نفسه.

ولو قارضه على أن يتجر بالفسطاط وليست ببلده، فلينفق في مقامه، لأن المال حبسه بها إلا أن يوطنها، أو ينتقل لسكناها فلا ينفق وإن لم يكن له بها أهل.

ثم النفقة ملغاة من الفضل، ويقتسمان الباقي على شرطهما، ولو

لم يحصل ربح لكانت[1] من رأس المال، وهي في ذلك كله كنفقات المال.

ولو كان معه مال آخر، له أو لغيره، فخلطهما، توزعت النفقة على المالين؛ وكذلك ما زاد عليهما، ولا يكون متعدّياً بالخلط.

الحكم الرابع: في ملك العامل للربح.

والمشهور من المذهب: أنه لا يملكه بمجرد الظهور، بل يقف ملكه له على المقاسمة، إلا أن له حقاً مؤكداً، حتى لو مات لورث عنه.

ولو أتلف المالك أو الأجنبي المال غرم حصته، ولو كان في المال جارية لم يجز للمالك وطؤها لحقه.

وقيل: إن العامل يملك الربح بمجرد الظهور، لكن هو ملك غير مستقر، إذ هو وقاية لرأس المال عن الخسران[2]، فلو وقع خسران لانحصر في الربح إلى أن يتجاوزه[3]، بل لا يستقر[4] إلا بالقسمة.

الحكم الخامس: إن مال القراض إذا نقص بتلف أو وضيعة، وتمادى العامل على العمل ببقيته، جبر رأس المال من الربح، ولو تكرر العمل والإنضاض، ما لم يحضر العامل بقية المال إلى ربه ويفاصله، ويقبضه منه، ثم يعيده إليه، فيكون رأس المال ما قبضه ثانياً.

وقال ابن حبيب: لو لقي العامل ربَّ المال [فأعلمه بنقص المال][5]، وسأله أن يسقط ذلك عنه من رأس المال، فقال: اعمل بما

(١) في الأصل: كانت.

(٢) في الأصل: إذ هو وقاية على الخسران.

(٣) إلى أن يتجاوزه: وردت بالهامش في س.

(٤) في الأصل: ما لا يستقر.

(٥) فأعلمه بنقص المال: سقطت من الأصل.

في يـدك فقد أسقطتُ ذلك عنك، لكان قراضاً مؤتنفاً، لأنها محاسبة واستئناف للقراض، حضر المال أو لم يحضر، قبض أو لم يقبض.

قال: وكذلك لو ربح فاقتسما الربح وتحاسبا، ثم قال له: اعمل بما في يديك، لكان قراضاً مؤتنـفاً وإن لم يقبض منه المال.

قال: وهو قول ربيعة ومالك والليث[1] ومطرف وابن الماجشون. وجميع[2] من لقيته من أصحاب مالك، إلا ابن القاسم فإنه يقول: هما على القراض الأول أبـداً وإن تحاسبا وأحضر المـال ما لم يقبضه ثم يدفعه إليه قراضاً مؤتنفاً.

قال عبد الملك: وإذا لم يكن على ما فسرت لك، وإنما لقيَه فأخبره بما نقص على حال الأخبار، ولم يوافقه على إسقاط ذلك عنه، فهما على القراض الأوّل.

قال: وكذلك إذا كانا يقتسمان الربح على غير المحاسبة ولا اعتقاد مفاصلة، جبر المال بالربح الذي اقتسمـا إن كان فيه نقصان.

وروى ابن وهب مثل رواية[3] ابن حبيب.

فـــروع متتاليـــة:

إذا أسلم ألفين، فتلفا بعد الشراء وقبل النقد، فإن أخلفهما كان رأس المال ما أخلفه خاصة، وإن لم يخلف كانت السلعة على ملك العامل.

---

(١) الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي، أبو الحارث، إمام أهل مصر في عصره، أصله من خراسان وتوفي بالقاهرة. كان من الكرماء الأجواد وله تصانيف. ولد سنة ٩٤: ت: ١٧٥. (الأعلام: ٦/ ١١٥ ـ تهذيب التهـذيب: ٨ / ١٥٩ ـ النجوم الزاهرة: ٢/ ٨٢).

(٢) م: وجماعـــة.

(٣) في الأصل: بداية، وهو تصحيف.

وقال المغيرة: يجبر رب المال على أن يخلفهما.

ولو تلف أحدهما قبل أن يشتري منه شيئاً، ثم عمل في بقية المال فرأس المال ألفان، فلو اشترى بألفين فتلف أحدهما قبل النقد فإن عوض عن التالف فرأس المال ثلاثة آلاف، وإن أبى عوض العامل وكان شريكاً بالنصف.

ولو تسلف العامل نصف المال أو كله فالنصف الباقي رأس المال، وربحه على ما شرطا، وعلى العامل غرم النصف فقط، ولا ربح لذلك النصف.

ولو ربح في مائة مائة، فأنفق مائة تعدّيا، ثم تجر بمائة فربح مالاً، فمائة في ضمانه، وما ربح أوّلاً وآخراً بينهما[1]. ولو ضاع ذلك ولم يبق إلا المائة التي في ذمته ضمنها لرب المال ولا تعدّ ربحاً، إذا لا ربح إلا بعد كمال رأس المال.

وإن اشترى بمال القراض وهو مائة دينار عبداً يساوي مائتين، فجنى عليه رب المال جناية نقصته مائة وخمسين، ثم بيع بخمسين فعمل فيه فربح مالاً، أو وضع، لم يكن ذلك من رب المال قبضاً لرأس ماله وربحه، حتى يحاسبه ويفاصله ويحسبه عليه، فإذا لم يفعل / فذلك دين [٦٧/ب] على رب المال [مضافاً إلى هذا المال][2].

(١) م: فبينهما.

(٢) مضافاً إلى هذا المال: سقطت من الأصل.

البَابُ الثَالِثُ

فِي التَفَاسُخِ وَالتّنَازعِ

وفيـه فصـلان:

الفصــل الأول

فــي التفاســخ

والقراض [جائز][1] ينفسخ بفسخ أحدهما قبل الشغل. فإذا عمل وشغل المال لم يكن للعامل أن يرده حتى يَنضّ، ولا لربه أخذه قبل نضوضه.

قال ابن القاسم: ولرب المال رد المال ما لم يعمل به أو يظعن به.

قال محمد: ولو اشترى مثل الزاد والسفرة لسفره، فإن رضي رب المال بأخذ ذلك بما اشتراه فذلك له.

قال ابن القاسم: وليس له أن يقول بعد ظعنه: ارجع فأنا أنفق عليك. فإن شغل المال في سلع، فطلبه المالك بالإنضاض نظر السلطان، فإن كان تأجيرها نظراً وإلا أمر العامل بإنضاضها، واقتسما ربحها إن كان فيها.

---

(١) جائز سقطت من الأصل.

ولو مات العامل، قيل لورثته: تقاصوا وبيعوا السلع؛ فإن لم يؤتمنوا أتوا بأمين، وكانوا على سهم موروثهم. بخلاف موت المستأجر المعين، لأن ذلك لورثته من عمله بحساب ما عمل، بخلاف ورثة العامل، فإنهم لا شيء لهم إلا بتمام العمل. فإن لم يأتوا بأمين سلموا ذلك لربه ولم يكن لهم من الربح شيء. ولو كان الوارث مولّى عليه نظر وليه، فإن رأى في الاستئجار عنه [فائدة استأجر عنه][1] وإلا ترك.

وكذلك في موت العاملين يقوم ورثتهما مقامهما على حسب ما ذكرناه في العامل الواحد.

ولو مات أحد العاملين لقام ورثته مع العامل الآخر، إذا كان الشراء قبل موت موروثهم.

وأما إذا مات المالك فإن العامل يبقى على قراضه، فإن أراد الورثة أخذه فذلك لهم إن كان المال عيناً، وليس ذلك لهم إن كان في سلع، وهم كوليّهم سواء.

وإذا كان المال عيناً عند موت ربه لم ينبغ للعامل تحريكه بعد موته، فإن حرّكه [قبل علمه][2] بموته مضى على القراض حتى ينض، ولم يرد قبل الانضاض.

ومن هلك وقِبَله قراض أو ودائع ولم يرجعه[3]، فذلك في ماله، ويحاصّ بذلك غرماؤه.

ولو أقر بقراض بعينه أو وديعة بعينها في مرضه[4]، فمن أقر له

(١) فائدة استأجر عنه: ساقط من الأصل.
(٢) قبل علمه: سقطت من الأصل.
(٣) في الأصل: ولم تؤخذ.
(٤) في الأصل: في موضع.

أحق بما عين من جميع الغرماء، كانت ديونهم ببينة أو بإقرار، في الصحة أو في المرض[1].

الفصل الثاني
في التنازع

وإذا تنازعا في ضياع المال أو في[2] خسارته، فالقول قول العامل، لأنه أمين؛ وفي إلزامه اليمين عند طلب رب المال لها الخلاف الجاري في أيْمان التّهم.

وكذلك لو ادّعى رده، وكان قبضه بغير بيّنة، لكان القول قوله أيضاً، ولو كان بالبينة لم يقبل قوله إلا ببينة. وقيل: يقبل قوله بغير بينة، [وإن قبضه بالبينة][3]، إلا أن اليمين في دعوى الردّ متوجهة عليه لا محالة إن طلبها رب المال لأنه يدعى عليه التحقيق لا مجرد التهمة.

وإن اختلفا في قدر الجزء قبل الشغل، فإما عمل العامل على ما قال رب المال، وإلا ردّه، فما كان بعد الشغل كان القول قول العامل إذا أتى بما يشبه وكان المال في يديه؛ فإن كان سلمه لربه ليستوفي رأس المال[4] ونصيبه من الربح، كان القول قول رب المال، وإن سلمه له ليبقى حتى يسلم رأس المال ثم يقتسمان الربح كان القول قول العامل.

فإن اختلفا في الوجه الذي قبض المال عليه فقال ربّ المال:

---

(١) م: في الصحة والمرض.

(٢) في: سقطت من م.

(٣) وإن قبضه بالبينة: سقطت من الأصل.

(٤) م: ليستر في ماله.

بضاعة[١] بغير أجرة، وقال العامل: قراضاً على النصف، فالقول قول رب المـال إذا كان مثل المبضع معه لا يستعمل نفسه في القراض، أو كانت البضاعة مما لا يدفع مثلها قراضاً ليسارتها.

فإن كانت مما يشبه أن يدفع قراضاً، وكانت الإجارة أقل من نصف الربح، فالقول قول صاحب المال مع يمينه.

وقال [محمد][٢]: يحلفان جميعاً، ويعطى العامل إجارة مثله.

وإن قال العامل: بضاعة بأجر، وقال صاحب المال: قراضاً، كان القول قول العامل مع يمينه.

ولو قال العامل: قراضاً، فقال رب المال: بضاعة بأجر، فـإن استوى الأجر المدعى والحاصل من الجزء المذكور فلا يمين، وقد اتفقا في المعنى ولا يضر اختلافهما في اللفظ؛ وإن كانت الإجارة أقل من نصف الربح حلف العامل وحده وأخذ النصف إذا كان مما يشبه القراض عليه[٣].

فإن نكل حلف الآخر ودفع الأجرة.

[٦٨ / أ] فإن قال صاحب المال: وديعة، وقال / العامل: قراضاً، وقد ضاع المال، فإن ادعى ضياعه قبل أن يحرّكه للتجارة كانت مصيبته من ربه، لأنهما متفقان أنه كان أمانة؛ وإن تجر فيه فالقول قول صاحبه أنه لم يأذن له في التّجْرِ بِهِ، ويضمنه. وإن قال آخذ المال: هو في يدي قراض، أو وديعة، فقال ربه: بل اسلفْتُكَه؛ فالقول قول رب المال مع يمينه. وإن قال ربه: قراض، فقال العامل: قرض؛ قال محمد: أو وديعة، صدق العـامل لأن ربه مدع للربح.

---

(١) الإبضاع: إعطاء شخص آخر رأس مال على كون الربح تماماً عائداً له والبضاعة: هي رأس المال، والمعطي: مبضِع ـ والآخذ: مستبضع. (القاموس الفقهي: ٣٧).
(٢) محمد: سقطت من الأصل.
(٣) عليه: سقطت من م.

ولو قال العامل: رأس مال القراض ألف، وقال ربه: ألفان؛ صدق العامل، لأنه أمين، ولأن الأصل عدم القبض.

ولو قال العامل: أنفقْتُ في سفري[1] من مالي كذا؛ صدّق، ربح أو خسر، ويرجع به في المال إذا أشبه ذلك نفقة مثله، وكان قبل المقاسمة، ولا يقبل بعدها.

ولو خسر العامل في البز، فادعى رب المال أنه نهاه عنه فتعدى، فالقول قول العامل أنه لم ينهه.

ولو اختلفا في الصحة والفساد لكان القول قول مدعي الحلال منهما فيما أشبه على أصل المذهب، ويجري فيه قول أبي محمد عبد الحميد.

---

(١) م: سفرتي.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً(١)

كتاب المساقاة والمزارعة

وفيه ثلاثة أبواب.

الباب الأول

في أركان المساقاة

وهي أربعة:

الأول: متعلق العقد، وهي الأشجار، وسائر الأصول المشتملة على الشروط التي يأتي بيانها، إذ عليها يُستَعمَل العامل بجزء مما تخرج كما يستعمل عامل القراض، إلا أن المساقاة لازمة موقتة، وتستحق الثمار فيها بمجرد الظهور قولاً واحداً، بخلاف القراض.

وأصلها ما روي أن رسول الله ﷺ ساقى أهل خيبر على شطر ما أخرجت من ثمر أو حب(٢).

(١) لم ترد في البسملة والتصلية.

(٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ «أعطى خيبر اليهود على أن يعملوها =

قال مالك: وكان بياض خيبر يسيراً بين أضعاف السواد[1]، وللأصول شروط:

الأول: أن يكون مما تجنى ثمرته ولا تختلف.

واحترزنا بقولنا: لا تخلف، عن الموز والقصب والقرط والبقل، لأنه بطن بعد بطن، وجزة بعد جزة[2].

الشرط الثاني: أن تكون مما لا يحلّ بيعها، فكل[3] ما حلّ بيعه فلا يجوز المساقاة فيه. فإذا حلّ بيع ثمار النخل وغيرها أو المقاثي لم تجز المساقاة عليها، وإن عجز عنها ربها.

وقال سحنون: تجوز مساقاة ما جاز بيعه، وهو إجارة بنصفه.

الشرط الثالث: ـ وهو مختص بالزرع والمقاثي، وغير ذلك مما عدا الكرم والنخل وسائر الأصول المثمرة ـ:

أن يعجز ربه عنه، على أشهر الروايتين.

ويشترط أيضاً فيه أن يكون ظاهراً، فلا تجوز المساقاة عليه قبل ظهوره من الأرض.

= ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها».

البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة مع اليهود (الصحيح: ٣/ ٦٩).

وأخرجه أبو داود بلفظ قريب عن ابن عمر، كتاب البيوع والإجارات، باب في المساقاة.

وانظر (الموطأ: ٢/ ٧٠٣ وما بعدها كتاب المساقاة. باب ما جاء في المساقاة).

(١) المدونة: ٥/ ٢.

(٢) الجزاز: الحصار. قال الفراء: جاءنا وقت الجزاز والجزاز أي زمن الحصاد وصرام النخل. (اللسان: جزز).

(٣) م: وكل.

فــرع: إذا ساقى حائطاً فيه بياض، فإن كان البياض أكثر من الثلث لم يجز أن يدخل في المساقاة، ولا أن يلغى للعامل، بل يبقى لربّه.

وإن كان أقلّ من ذلك، فإن سكتا عنه، فقال مالك: هو ملغى للعامل.

وقاله محمد وابن حبيب.

إلا أن ابن حبيب اشترط أن لا تزيد قيمته على ثلث نصيب العامل خاصة.

وقاله ابن عبــدوس.

وظاهر قول مالك في كتاب محمد: أن المعتبر أن لا تزيد قيمته على ثلث الجميع.

وروى في كتاب ابن سحنون: أنه لربّه إذا سكت عنه.

وإن شرط أن يكون داخلاً في حكم المساقاة فقال ابن القاسم: لا بأس أن يشترط في المساقاة يزرعه العامل من عنده ويعمله، وما خرج منه فبينهما.

ولا يجوز أن يشترط نصف البذر على العامل.

وأحب إليّ أن يلغى للعامل.

وشرط في جواز ذلك أن يكون سهم العامل فيه كسهمه في المساقاة سواء.

وقال أصبغ: يجوز أن يشترط ثلاثة أرباعه وإن كان سهمه في المساقاة النصف.

وقال: وإنما الذي يكره أن يكون لصاحب الأصل أكثر من النصف.

وقال مالك: أحله أن يلغي العامل، وإن شرط لربه يعمله لنفسه جاز.

قال ابن حبيب: إلا أن يكون يناله سقي الحائط، فإن كان الحائط يسقى فلا يجوز كاشتراط زيادة. ولا يجوز أن / يشترط على العامل أن [٦٨/ب] يزرعه ببذره أو ببذر ربّه، ويعمل فيه العامل على أن ما حصل فيه فلربّ النخل كزيادة يسيرة تشترط [على العامل.

ولو ساقاه زرعاً فيه بياض، وهو تبع له، جاز أن يشترطه العامل ليزرعه لنفسه خاصة، كبياض النخل. ولو كان في الزرع شجر مفترقة، وهي تبع له، جاز أن يشترط][1] على ما شرطنا في الزرع، ولا ينبغي أن يشترطها العامل لنفسه وإن قلّت، بخلاف البياض.

ولا يجوز على أن ثمرتها لأحدهما دون الآخر.

قال الشيخ أبو محمد: قوله: هي تبع له، يعني وإن كانت تبعاً فلا يشترطها العامل لنفسه بخلاف البياض، وكذلك الزرع تبع للأصول، إلا أن المساقاة فيها جائزة على جزء واحد، كان أحدهما تبعاً أو غير تبع.

الركن الثاني: المشروط للعامل، وهي الثمار.

ولتكن مشروطة على الاستبهام، معلومة بالجزئية لا بالتقدير كما في القراض. ولا بأس أن يساقي الحائط على جزء واحد وإن كان مختلف الثمرة من جيّد ورديء.

ولا يجوز أن يساقي حائطه لأربع[2] سنين في عقد واحد، سنتين على النصف، وسنتين على الربع.

ولا يجوز أن يساقيه حائطاً بموضع مرغوب فيه على أن يساقيه معه

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.
(٢) س: أربع.

حائطاً له آخر بموضع غير ذلك الموضع، إلا أن يساقيهما على سقاء واحد، كما فعل النبي ﷺ حين ساقى خيبر، وفيها أصناف كثيرة.

وبالجملة: فتجوز مساقاة حوائط عدة في صفقات متعددة بجزء متفق أو مختلف، فأما في صفقة واحدة فبجزء متفق لا غير.

ويجوز جمع الحائطين في المساقاة، وإن كان أحدهما نخلاً والآخر أصناف الشجر، ما لم يكن من ذلك شيء طاب، إلا أن يكون ما طاب يسيراً. وكذلك لو كان أحدهما بعلاً[1] والآخر غير بعل لجاز.

الركن الثالث: العمل.

وشرطه أن يقتصر على عمل المساقاة، ولا يشترط عليه ضمن عمل آخر ليس منها.

وأن يستبدّ العامل باليد، فلا يشترط مشاركة المالك له فيها، ولا يعمل معه، بل ينفرد هو بالعمل.

وقال سحنون: إذا كان الحائط كثيراً بحيث يجوز اشتراط الغلام فيه جاز اشتراط عمل رب الحائط فيه.

قال أبو محمد عبد الحق: ليس وضع يد المالك كوضع يد غلامه، لأن يد المالك إذا بقيت معه فكأنه لم يسلم له ولا رضي بأمانته، بخلاف الغلام.

ويجوز أن يشترط أن يعمل معه غلام المالك، ويصح إذا كان الحائط كثيراً واشترط بقاءه مدة المساقاة، وأنه إن مات قبل انقضائها أخلفه مالكه.

ثم النفقة على العامل لنفسه ولدواب الحائط ورقيقه، كانوا له أو لربّ الحائط.

(١) البعل: هو الذي لا يكون على الماء.

ولا يجوز اشتراط شيء من ذلك على رب الحائط.

وقال في مختصر ما ليس في المختصر: هي على رب الحائط.

ويشترط تأقيت المساقاة لأنها لازمة.

قال ابن القاسم في الكتاب[1]: والشأن في المساقاة إلى الجداد، لا يجوز شهراً ولا سنة محدودة، وهي إلى الجداد إذا لم يؤجلا، فإن أجّلت سنين فيلزمه العمل إلى آخرها، ويعتبر في السنة الأخيرة بالجداد.

وكذلك لو ساقاه سنة واحدة لكان منتهاها الجداد، فإن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الأولى حتى تشترط الثانية.

ويجوز أن يساقيه سنين ما لم تكثر جداً، قيل: عشرة؟ قال: لا أدري عشرة، ولا ثلاثين، ولا خمسين.

الركن الرابع: ما به تنعقد المساقاة.

وهو إما الصيغة فيقول: ساقيتك على هذه النخيل بالنصف أو غيره، أو عاملتك فيقول: قبلت، أو ما يقوم مقام ذلك من القول أو الفعل.

واختلف إذا عقد بلفظ الإجارة، فأبطله ابن القاسم وصححه سحنون، وروي عن محمد مثله.

ولا يشترط تفصيل الأعمال فإن العرف يعرِّفه.

---

(١) المدونة: ٥/ ١٢ ـ كتاب المساقاة ـ المساقاة إلى أجل.

الباب الثاني

في أحكامها[1] في حالتي الصحة والفساد

وفيـه فصـلان:

الفصـل الأول

إذا وقعـت صحيحـة

فحكمها وجوب العمل والكلف والنفقة في ما تحتاج إليه الثمرة / [٦٩ / أ] المساقَى عليها، وجميع المؤن على العامل، مثل السقي، والإبار وهو التلقيح، والخدمة والشرب، وهي تنقية الحياض التي حول أصول الشجر، وتحصين خرومها، ومجرى الماء إليها، والجداد، وعلوفة الدواب[2]، ونفقة الغلمان، وما يتعلق بمصلحة الثمرة مما لا يبقى بعد انصراف العامل، فلا يجب عليه حفر بئر ابتداء، أو إنشاء غرس، أو بناء بيت تخفى[3] فيه الثمرة، وشبه ذلك. ولا يجوز اشتراطها عليه.

فأما سد الحظار، وهو تحصين الجدر وتزريبها[4]؛ وخمّ العين، وهو كنسها؛ ورمّ القفّ، وهو الحوض الذي يسقط فيه ماء الدلو، ثم يجري منه إلى الطفيرة، وهي مجرى محبس الماء كالصهريج، فلا تجب على العامل، وإن جاز اشتراطها عليه. فإن لم يشترط فهي على رب الحائط.

---

(١) س: في حكمها.

(٢) العلوفة: ما يعلفون، جمعها علف وعلائف. تعتلف الدابة: تأكل، وتستعلف: تطلب العلف بالحمحمة، وقال الأزهري: العلوفة: الناقة أو الشاة تسمن بما يجمع من العلف والعلف: ما تأكله الماشية (اللسان: علف).

(٣) في الأصل: تجنى.

(٤) هذه الكلمة غير واضحة في س.

وعلى العامل جميع المؤن، والأدوات من الآلات والأجزاء والدواب والدلاء والأداة من حديد وغيره، إلا أن يكون شيء من ذلك في الحائط يوم السقاء فللعامل الاستقاء به وإن لم يشترطه.

وأجرة من كان فيه من الأجراء على ربه دون العامل. ولا يجوز اشتراط أجرتهم على العامل، بخلاف نفقتهم وكسوتهم.

ثم للعامل خلف من مات[1] أو مرض من جميع ذلك على رب الحائط إذا كان مما هو[2] فيه يوم السقاء وإن لم يشترطهم العامل. ولو شرط خلفهم على العامل لم يجز، ولا تنتقض المساقاة به.

وأما ما رثّ أو خلق من دلو أو حبل أو غيره، فقيل: خلفها على العامل وقيل: على رب الحائط.

وإن سرق ذلك فعلى رب الحائط الخلف.

قال أبو الحسن اللخمي تفريعاً على القول بأن الخلف على العامل في حال التلف؛ ثم إذا أخلف ذلك بجديد استعمله العامل إلى ما يرى أنه بقي من زمن استعمال المسروق، ثم يأخذه رب الحائط ويأتي العامل بما يستعمله.

وإذا مات العامل أتمّ الوارث العمل من تركته، فإن لم يكن في الورثة أمين أتوا بأمين.

ولو ادعى المالك سرقة أو جناية[3] على العامل لكان القول قول العامل لأنه[4] أمين. فإن ثبتت خيانته[5] فليتحفظ منه.

(١) في الأصل: ما مات.

(٢) مما هو: ساقط من م.

(٣) سرقة أو جناية: طمست في س.

(٤) في الأصل: فإنه.

(٥) في الأصل: جنايته.

وللعامل أن يساقي غيره على جزء موافق للجزء الذي ساقاه عليه أو أقلّ منه، عجز عن العمل أو لم يعجز. وليكن من يساقيه أميناً. فلو لم يجد من يساقيه عند عجزه أسلم الحائط إلى ربه، ثم لا شيء عليه ولا له، لأنه إن ساقاه [إياه][1] جاز كالأجنبي، إلا أن يكون الثمر قد حلّ[2] بيعه فلا تجوز المساقاة وليستأجر. فإن لم يجد إلا أن يبيع نصيبه وهو أجرته فَعَلَ، فإن كان فيه فضل فله، وإن كان فيه نقص فعليه، إلا أن يرضى رب الحائط أخذه وإعفاءه من العمل فذلك له، ولهما أن يتقايلا على غير شيء يأخذه أحدهما من الآخر.

ولا تنفسخ المساقاة بفلس ربّ الحائط، ولكن يباع الحائط وتبقى المساقاة على حالها.

وقيل: ذلك في السنة وشبهها[3] دون ما زاد على ذلك.

وقيل: لا يجوز بيعه أصلاً ويوقف، إلا أن يرضى العامل بتركه فيعجل بيعه.

ولو ساقى المريض حائطه لجاز، فإن حابى فالمحاباة في ثلثه.

الفصل الثاني
فيما إذا وقعت المساقاة فاسدة

ولها ثلاثة أحوال:

الأول: قبل الشروع في العمل فتفسخ.

الحال الثاني: بعد الفوت بانتهاء العمل وفراغه، ويختلف في الواجب حينئذ على أربعة أقوال:

(١) إياه: سقطت من الأصل.
(٢) قد حل: غير واضحة في س.
(٣) في الأصل: ونحوها.

أحدها: إجارة المثل جملة من غير تفصيل.

الثاني: مساقاة المثل مطلقاً أيضاً.

الثالث: إن العامل يُردّ إلى مساقاة مثلـه ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليـه إن كان الشرط للمساقي، أو أقلّ إن كان للمساقى.

الرابع: قول ابن القاسم، وهو التفصيل: فيرد بعض الصور إلى أجرة المثل، كما إذا خرجا فيها عن حكمها إلى حكم الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيـادة من عين أو عرض أو غيرهما، فيكون رب المال مستأجراً بما يزيده مع جزء الثمرة، أو العامل مشترياً بجزء الثمرة قبل بدو صلاحها بما زاده / ويعمله، ويردّ في بعضها إلى مساقاة المثل، كما إذا لم يخرجا [٦٩/ب] عن حكـمها وإنما عقداها على غرر، مثل أن يساقيه حائطاً على النصف وحائطاً على الثلث، أو مثل أن يشترط أحدهما على الآخر من عمل الحائط ما لا يلزمه مما لا يبقى لرب الحائط منفعة مؤبدة وشبه ذلك.

قال الشيخ أبو الوليد: والذي يوجد لابن القاسم رد فيه إلى مساقاة المثل أربع مسائل، اثنتان في المدونة:

إذا ساقاه وفي الحائط ثمر قد أطعم، وإذا اشترط المساقَى على المساقي أن يعمل معه.

واثنتان في العتبية:

مساقاة[1] مع البيع في صفقة واحدة، ومساقاة سنة على الثلث وسنة على النصف.

الحال الثالث: أن يعثر عليها في إضعاف العمل بعد الشروع وقبل الفراغ.

---

(١) م: المساقاة.

وحكم هذا الحال أن يفسخ ما كان الواجب فيه إذا انتهى أجرة المثل على ما سبق من تفصيل ابن القاسم، ثم يكون للعامل أجرة مثله فيما عمل إلى حين العثور عليه.

وأما ما كان[1] الواجب فيه مساقاة المثل فلا ينفسخ بل يمضي ويكون فيه مساقاة المثل.

ولو كان العقد على أعوام وبقي منها شيء بعد العثور عليه لبقي على مساقاته فيها وإن كان الواجب فيها مساقاة المثل دون المسمى.

---

(١) في الأصل: ما كان فيه.

الباب الثالث

في المزارعة والنظر في شروطها وحكمها

النظر الأول: في الشروط.

ولها شرطان:

الأول: السلامة من مقابلة منفعة الأرض أو بعضها بما لا يجوز كراء الأرض به، وسنرسم فيه مسألة في آخر الباب إن شاء الله.

فلو كان البذر من عند أحدهما والأرض من عند الآخر، وما سوى ذلك بينهما أو من عند أحدهما، لم تجز لمقابلة الأرض البذر.

فإن كانت[2] الأرض بينهما، يملكان رقبتها أو منفعتها، جاز أن يكون البذر من عندهما أو من عند أحدهما، إذا كان في مقابلة ما يساويه من العمل والبقر.

وكذلك لو كان البذر من عندهما جاز، وإن كانت الأرض من عند أحدهما، إذا قابلها ما يساويها من العمل والبقر.

وأولى بالجواز إذا كانت من عندهما.

وبالجملة: فمتى كانت المزارعة على البذر أو جزء منه في مقابلة منفعة الأرض أو جزء منها فسدت المزارعة.

---

(١) م: فلو كانت.

وفي كتاب ابن سحنون وكتاب ابن حبيب: إذا اشترك اثنان فأخرجَ أحدهما الأرض وثلثي الزريعة والآخر ثلثها والعمل، على أن يكون الزرع بينهما نصفين، قال ابن حبيب: وعلى الثلث والثلثين، قالا: فذلك جائز.

قال سحنون: إذا كان عمله كراء الأرض وما فضله به من الزريعة.

قال ابن حبيب: لأن زيادة الزريعة، بإجارة عمل العامل، وإلا فإن أخرج العامل ثلثي الزريعة وصاحب الأرض ثلثها، على أن الزرع بينهما نصفان، لم يجز. قالاً[1]: لأن زيادة الزريعة هاهنا كراء الأرض.

وإن أخرج أحدهما ثلثي الأرض وثلث البذر، والآخر ثلث الأرض وثلثي البذر، والعمل والزرع بينهما نصفان لم يجز.

قال سحنون: وكأنه أكرى سدس أرضه بسدس بذر صاحبه.

فروع ثلاثة:

الأول: قال سحنون: إنما يجوز في الشركة الصحيحة اشتراط العمل على أحدهما في عمل الحرث فقط لا في الحصاد والدراس، لأنه لا يُدرى هل يتم وكيف يكون؟

قال أبو إسحاق التونسي: هذا هو الصواب، لأنه إنما يعمل عملاً معلوماً، وما كان لا يُدرَى كم يعمل ولا كيف[2] المعمول؟ فلا يجوز.

قال أبو إسحاق: وقد وقع في العتبية لابن القاسم في شرط الحصاد والدراس، بخلاف هذا، وما قدمنا[3] أولى.

---

(١) قالا: سقطت من الأصل.

(٢) م: وكيف.

(٣) س: وقد قدمنا.

الفرع الثاني: إذا أخرج الشريكان في الشركة الصحيحة البذر من عندهما جميعاً، فقال سحنون: إنما تتمّ الشركة إذا خلطا ما أخرجا من الزريعة، أو جمعاها في بيت، أو حملاها جميعاً إلى الفدان، وبذر كل واحد منهما[1] في طرفه، فزرعا واحدة ثم زرعا الأخرى، فهو كما لو جمعاها في بيت، وتصح الشركة.

[٧٠ / أ] وروي / عن سحنون أيضاً، أنه قال: إذا زرع كل واحد منهما بذره في ناحية معلومة لم تجز الشركة، وإن لم يكن ذلك بشرط، وكل واحد منهما ما أنبت بذره، ويتراجعان في الأكرية والعمل، وإنما تجوز الشركة إذا خلطا الزريعة كالشركة بالمال، وقاله أصبغ[2].

قال: فأما لو لم يخلطاهما، فزرعا بذر هذا في فدان أو في بعضه، وبذر الآخر في الناحية الأخرى، ولم يعملا على ذلك، فإن الشركة لا تنعقد، ولكل واحد ما أنبت حبّه، ويتراجعان فضل الأكرية، ويتقاسمان.

الفرع الثالث: إذا حملاهما جميعاً إلى الفدان، فزرعا واحدة، ثم زرعا الأخرى، فصححنا الشركة، فنبت بذر أحدهما، ولم ينبت بذر الآخر، فإن غرَّ فيه صاحبه وقد علم أنه لا ينبت، فعليه مثل نصف بذر صاحبه له والزرع بينهما، ولا عوض له في بذره، وإن لم يعلم أنه لا ينبت ولم يغرَّه، فإن على الذي نبت بذره[3] أن يغرم للآخر مثل نصف بذره على أنه لا ينبت، ويأخذ منه مثل نصف بذره الذي نبت، والزرع بينهما على الشركة، غره أو لم يغره.

الشرط الثاني: التعادل بين الأشراك في قدر المخرج أو قيمته بحسب حصص الأشراك. فلا يجوز على أن يكون لأحدهما الثلث أو

---

(١) منهما: سقطت من م، س.

(٢) وروي عن سحنون... وقاله أصبغ: فقرة ساقطة من م.

(٣) م: زرعه.

الربع أو غيرهما من الأجزاء، على أن يخرج ما لا يكون قيمته ذلك الجزء من جميع المخرج، إلا أن يكون التفاوت يسيراً لا يُؤْبه لـه فلا تفسد المزارعة وإن تعمد.

وكذلك لو عقدت على التساوي لم تفسد بما تفضل به أحدهما بعد ذلـك وإن كثر.

النظـر الثانـي: فـي حكمهـا.

ولا خفاء بأن حكم المزارعة الصحيحـة التوزيـع بينهم[1] على الشرط المقرر. فأما حكم الفاسدة فالفسخ إن عثر عليها قبل الفوات بالعمل[2]، فإن فاتت به[3] اختلف حكمها باختلاف صورها.

فإن دفع أرضه لِمَنْ يزرعها ببذره وعمله، على أن يكون لصاحب الأرض حصة مما نبت، فالزرع كله للزارع ببذره، وعليه لصاحب الأرض كراؤها.

وإن دفع له الأرض، والعمل على الآخر، وقال الآخر: أخرجْ أنتَ جميع البذر على أنّ عليّ نصفَه، لم يجـز لشرط السلف، فإن وقع ذلك فالزرع بينهما نصفان، لأنهما ضمنا الزريعة وتكـافآ في العمـل وكراء الأرض، ويرجع مخرج الزريعة بنصفها معجلاً على الآخر.

وقال ابن سحنون عن أبيه: الزرع لمسلف الزريعة وعليه كراء الأرض، قبض صاحب الأرض[4] حصته من الزريعة أو لم يقبضـها إذا وقعت الشركة على شرط السلف، إلا أن يكون أسلفه على غير شرط بعد صحة العقد.

---

(١) س: بينهما.
(٢) في الأصل: بعد العمل.
(٣) به: سقطت من م.
(٤) س، م: رب الأرض.

وإن قال له: خذ بذري فازرعْه في أرضك على النصف؛ ففي قول سحنون: الزرع لرب البذر، ولهذا أجر عمله وكراء أرضه.

وفي قول ابن القاسم: الزرع للعامل وعليه مكيلة البذر لربه.

وإن أخرج هذا البذر، وأخرج الآخر الأرض، ووليا جميعاً العمل، وتكافآ في ما سوى البذر والأرض على أن يكون الزرع بينهما نصفين، فهو بينهما على ما شرطا، وعلى صاحب البذر نصف كراء الأرض، وعلى صاحب الأرض نصف مكيلة البذر، ولا تراجع بينهما فيما سوى ذلك إذ قد تكافآ فيه.

وحكى الشيخ أبو الوليد في المزارعة إذا وقعت فاسدة وفاتت بالعمل ستة أقوال، ولم يخص وجهاً من وجوه الفساد دون غيره.

قال: الأول: إن الزرع لصاحب البذر ويؤدى لأصحابه كراء ما أخرجوه.

الثاني: إن الزرع لصاحب العمل.

الثالث: إنه لمن اجتمع له شيئان من ثلاثة أصول: البذر، والأرض، والعمل. فإن كانوا ثلاثة، واجتمع لكل واحد شيئان منها، أو انفرد كل واحد منهم بشيء واحد[1] منها، كان الزرع بينهم أثلاثاً، وإن اجتمع لأحدهم شيئان منها دون صاحبيه، كان له الزرع بينهما، وهو مذهب ابن القاسم، واختاره محمد، على ما تأول أبو إسحاق التونسي.

الرابع: أن يكون لمن اجتمع له شيئان من ثلاثة أشياء على هذا الترتيب / وهي: الأرض والبقر والعمل. [٧٠/ب]

الخامس: أنه لمن اجتمع له شيئان من أربعة أشياء على هذا الترتيب أيضاً، وهي الأرض والبذر والبقر والعمل.

---

(١) واحد: سقطت من م.

السادس: قال ابن حبيب: إن سلمت المزارعة من كراء الأرض بما يخرج منها كان الزرع بينهم على ما اشترطوه، وتعادلوا فيما أخرجوه، فإن دخله كراء الأرض بما يخرج منها كان الزرع لصاحب البذر.

ولنختم الباب برسم المسألة الموعودة في كراء الأرض.

مسألة: المشهور من المذهب أنه لا يجوز كراء الأرض بشيء من الطعام، كان مما تنبته أو مما لا تنبته، ولا ببعض ما تنبته من غير الطعام كالقطن والكتان والعصفر والزعفران، ويجوز بالقصب والخشب.

وقال ابن كنانة: لا تكرى بشيء إن أعيد فيها نبت، ولا بأس أن تكرى بغير ذلك من جميع الأشياء، أكل أو لم يؤكل، خرج منها أو لم يخرج.

وبه قال يحيى بن يحيى، وقال: إنه من قول مالك.

وقال به ابن مزين.

وقال ابن نافع: تكرى بجميع الأشياء كلها، ما يؤكل منها وما لا يؤكل[1]، خرج منها أو لم يخرج، إذا كان ما تكرى به خلاف ما يزرع فيها ما عدا الحنطة وأخواتها.

قال عيسى بن دينار: فمن أكراها على أحد هذه الأقاويل الثلاثة أجزتُ كراءها ولم أفسخه.

قال: وأما مذهب الليث في تجويزه كراءها بالثلث أو بالربع مما تنبت، فإن وقع فسختُه، وإن فات أوجبتُ عليه كراء مثلها بالدراهم.

قال الشيخ أبو محمد: وشدد في كرائها بجزء مما يخرج[2] منها

---

(١) في الأصل: وما لم يؤكل.

(٢) م: مما خرج.

فقال: قد قال قائـل وأنا أيضاً أقوله، إن من فعل ذلك فهو جرحة في حقه.

قال: يريد إن كان عالماً إنه لا يجوز، إما لأنه مذهبه، أو اتبع فيه غيره ممن قلده من العلماء.

قال سحنون: ولا يؤكل طعامه، ولا يشترى من ذلك الطعام الذي أخذ في كرائها.

وقال الشيخ أبو إسحـاق في استئجار الأرض بالعروض التي تتولد منها، مثل الكتان والعصفر[1] والحصر وما أشبه ذلك: قولان لأصحابنا، أحدهما: إنـه لا يجوز، والآخـر: إنه يـجـوز ولو بـالحنطة والشعيـر والحبوب.

(١) في الأصل: بياض مكان والعصفر.

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم
وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً[1] كثيراً

كتاب الإجارة

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول

في أركانها

وهي ثلاثة:

الأول[2]: العاقدان، ولا يخفى أمرهما.

الثاني[3]: الأجرة، وهي كالثمن، إلا أنها لا تتعجل بمجرد العقد، إلا أن يكون هناك شرط أو عادة، أو يقارن العقد ما يوجب التقديم، ويكون تأخيرها يؤدي إلى أمر ممنوع، مثل أن تكون الأجرة عرضاً معيّناً أو طعاماً رطباً أو ما أشبه ذلك. وما عدا هذا فلا يستحق

---

(١) البسملة والتصلية لم تردا في م، س.

(٢) الأول: سقطت من م.

(٣) م: الركن الثاني.

تقديم جزء من الأجرة إلا بالتمكين من استيفاء ما يقابله من المنفعة.

قال القاضي أبو الحسن: كلّما استوفى منفعة يوم استحق عليه أجرته، [إلا أن يكون هناك عادة من نقد أو تأخير، أو يشترطوا شرطاً فيلزم ذلك كله، ويحملوا عليه.

فإن][1] استأجر أجيراً يعمل له شهراً بثوب معين، فإن كان العرف التقديم صح العقد وأجبر على التقديم؛ وإن كان العرف التأخير فسد العقد عند ابن القاسم، إلا أن يشترط النقد، وصح عند ابن حبيب.

قال الأستاذ أبو بكر: وهذا أصل مختلف فيه بين ابن القاسم والمدنيين.

فعند ابن القاسم يحمل الإطلاق على العرف وإن كان العرف فاسداً.

وعند ابن الماجشون وغيره من المدنيين: لا حكم للعرف الفاسد، وإنما التأثير للعرف الصحيح. ثم في معنى الاستيفاء التمكين منه، فإذا حصل التمكين فالأجرة مستحقة، استوفيت المنفعة أم لا.

ولما كانت الأجرة كثمن المبيع وجب أن يراعى فيها شرائطهُ، فلو آجر داراً بعمارتها وهي غير معلومة لم يجز. وكذلك إن استأجرها بدراهم معلومة، فشرط صرفها إلى العمارة بعمل المستأجر، وعمله غير مضبوط / بلفظ أو عادة لم يجز أيضاً. [٧١ / أ]

ولو كانت الأجرة صبرة مجهولة الصيعان جاز كما في البيع.

ولو استأجر السلاخَ بالجلد، والطحانَ بالنخالة، والنساجَ بجزء من الثوب، لم يجز، إذ لا يُدرى كيف يخرج، ولأن ما استأجره به لا يسلمه إليه إلا بعد مدة.

---

(١) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

ولا يجوز ذلك في المعيّن إذا خيف منه الغرر.

وإن آجرته على تعليم العبد الكتابة أو القرآن سنةً وله نصفه لم يجُز، إذ لا يقدر على قبض ذلك قبل السنة وقد يموت العبد فيها فيذهب عمله باطلاً.

ويجوز أن يؤاجر على تعليم العبد الخياطة أو القصارة أو غيرها بأجر مسمًّى، أو بعمله سنة.

قال غيره: وبأجر مسمى أجوز.

قال يحيى: والسنة محسوبة من يوم أخذه.

ولو قال: احصدْ زرعي هذا ولك نصفه، أوْ جُدَّ تمري هذا ولك نصفه، فذلك جائز، وليس له تركه لأنها إجارة[1].

وكذلك لقط الزيتون، وهو كبيع نصفه.

ولو قال: فما لقطت أو حصدت فلك نصفه، جاز[2]، وله الترك متى شاء لأن هذا جعل.

وغير ابن القاسم لا يجيز هذا.

وإن قال له: احصد اليوم أو التقط اليوم، فما اجتمع لك فلك نصفه لم يجز، إذ لا يجوز بيع ما يحصد اليوم فلا أجيزه ثمناً، مع ضرب الأجل في الجعل، إلا أن يشترط أن يترك متى شاء.

ولم يجزهُ في العتبية في رواية عيسى عن ابن القاسم.

وقال ابن حبيب في الواضحة: إذا قال: احصدْ زرعي كله، أو اطحنْ قمحي كله ولك نصفه فلا يجوز ذلك وينفسخ. فإن طحنه

---

(١) لأنها إجارة: سقطت من م.

(٢) جاز: أضيفت في م بالهامش.

وسلم كان لصاحبه وعليه أجر العمل. وإن لم يسلم وتلف فلا أجرة له، قاله مطرف وابن الماجشون وإن شرط أن يترك متى شاء.

وإن قال: انفضْ شجري أو حركْها، فما نفضتَ أو سقط فلك نصفه لم يجز لأنه مجهول.

وإن قال: اعصرْ زيتوني أو جلجلاني، فما عصرت فلك نصفه لم يجزْ إذ لا يدرى كيف يخرج، وإذ لا يقدر على الترك إذا شرع فيه[1]، وليس هكذا الجعل، والحصاد يدعه متى شاء إذا قال: فما حصدت من شيء فلك نصفه.

وأما قوله: احصدْ ولك نصفه، فتلك إجارة لازمة.

قال ابن حبيب: قوله: احصدْه أو اعصرْه أو اطحنْه ولك نصفه جائز كله حتى يقول: فما خرج فلك نصفه فلا يجوز. ومحمل الأصل على أنه ملك نصفه الآن، حتى يقول تصريحاً: فلك نصفه بعد الجَداد أو القِطاف أو العصير، فلا يجوز، لأنه لم يملّكه منه الآن، وقد ملّكه ذلك بعد أن عمل فيه فيذهب عمله باطلاً، ويصير كمن آجر نفسه بنصف ما يخرج، وذلك كبيعه فلا يجوز.

قال ابن القاسم: ولو قال: احصدْه وادرسْه ولك نصفه لم يجز، لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب، وهو لا يدري كيف يخرج، كما لو باعه زرعاً جزافاً وقد يبس، على أن عليه حصاده ودراسه لم يجز، لأنه شراء حب جزافاً لم يعاين جملته.

قال أبو محمد: يريد: لم يعاين تصبيرهُ[2].

واختلف إذا استأجر الطحان بصاع من الدقيق، فأجيز كبيعه.

---

(١) فيه: سقطت من م، س.

(٢) س: بصبرة.

وقال محمد: لا يجوز، لأنه قد يهلك بعد العمل، فيذهب عمله باطلاً، بخلاف البيع إذ ملك في البيع ولم يملك هاهنا.

وأطلق القاضي أبو الفرج أيضاً المنع.

ولو شرط للمرضعة جزءاً من المرتضع الرقيق بعد الفطام فهو فاسد.

الركن الثالث: المنفعة.

ومورد العقد: كل منفعة يستباح تناولها، ويجوز لمالكها منعها [وبدلها][1].

وشروطها خمسة: أن تكون متقوّمة، غير متضمنة استيفاء عيْن قصداً، وأن تكون مقدوراً على تسليمها، حاصلة للمتسأجر، معلومة.

الشرط الأول: أن تكون متقومة.

فما لا تتقوم منفعته لا يصح استئجاره. [واختلف في استئجار][2] الأشجار لتجفيف الثياب عليها، فقيل فيه بإثبات الصحة ونفيها.

ومنع ابن القاسم استئجار الدنانير والدراهم لتزيين الحوانيت. ومنع أيضاً استئجار كل ما لا يعرف بعينه. وصحح جميع ذلك الشيخ أبو بكر وغيره إذا كان المالك حاضراً معه.

واختلف في إجارة المصحف.

فقال محمد وابن حبيب: لا تجوز، بخلاف بيعه، وكأنه ثمن للقرآن، وفي البيع الثمن للرقّ والخطّ.

قال ابن حبيب: وكره إجارتَه من لقيت من / أصحاب مالك. [٧١/ب]

---

(١) وبدلها: سقطت من الأصل.

(٢) واختلف في استئجار: ساقط من الأصل.

قال: واختلف قول ابن القاسم فيه. والذي في الكتاب لابن القاسم إجازته[1].

الشرط الثاني: أن لا يتضمن استيفاء عين قصداً. فلا يصح استئجار الأشجار لثمارها، والشاة لنتاجها ولبنها وصوفها، لأنه بيع عيْن قبل الوجود. ويستثنى من ذلك اشتراط ثمرة الشجرة التي في الدار المستأجرة، إذا كانت قيمة الثمرة ثلث الكراء فأقلّ، مثل أن تكون قيمة أجرة الدار دون شرط الثمرة عشرة، وقيمة الثمرة فيما عرف مما يطعم كل عام إذا اعتبر الوسط من ذلك خمسة، فيشرطها المستأجر لرفع ضرر [دخول الدار لجدّ الثمرة وسقيها وشبه ذلك من خدمتها، فأرخص له في اشتراطها لأجل ذلك.

فأما][2] استئجار امرأة للإرضاع مع الحضانة فتصحّ، ويندرج اللبن تحتها وإن كان عيْناً للضرورة، بل يجوز استئجارها للبن على انفراده للضرورة، كما يجوز استئجارها للحضانة بمجردها.

وقد تناول النص أخذ الأجرة على الإرضاع.

واستئجار الفحل للضراب[3] جائز، إذا عيّن في الإجارة أكواماً[4] معلومة، فإن سمى أياماً أو شهراً لم يجز، إلا أن يسمي مع ذلك

---

(١) المدونة: ٤/ ٤١٨ ـ كتاب الإجارة والجعل ـ في إجارة المصحف.
ونصها: (قلت: أرأيتَ المصحف هل يصلح أن يستأجره الرجل يقرأ فيه؟
قال: لا بأس بذلك. قلت: لم جوّزته؟ لأن مالكاً قال: لا بأس ببيع المصحف فلما جوز مالك بيعه جازت فيه الإجارة. قال:

(٢) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل.

(٣) يقال ضرب الفحل الناقة يضربها ضراباً: نكحها، قال سيبويه: والقياس ضرباً، ولا يقولونه، كما لا يقولون نكحا وهو القياس. (اللسان: ضرب).

(٤) كامها كوماً: نكحها ـ يكومها: ينكحها، والكوم (بالفتح) الضراب. (اللسان: كوم).

نزوات[1] معدودات. ولو استأجر على النزو حتى يعق[2] لم يجز لأنه مجهول. وإن استأجره على أن يحمله[3] عليها دفعة بعد أخرى فعقّت في الأولى، انفسخت الإجارة فيما بقي.

الشرط الثالث: القدرة على التسليم حساً وشرعاً. فلا يصح استئجار العيْن لمنفعة لا تتصور منها، كاستئجار الأخرس للتعليم، والأعمى للحفظ، وكذلك استئجار قطعة أرض لا ماء لها للزراعة، ولو استأجرها للسكنى صحّ.

وكذلك لو كان الماء متوقعاً، ولكن على الندور، لم يصح، ولو كان الغالب وجوده لصح. فأما إن كان وجوده معلوماً بالعادة، أو غالباً على الظن غلبة يكون عدمه معها شاذاً نادراً، كمأمون أرض النيل، فالعقد صحيح والنقد جائز.

وكذلك أراضي المطر المأمونة في العادة يجوز فيها العقد والنقد. وقيل: لا يجوز النقد في أراضي المطر وإن كانت مأمونة.

ولو استأجر أرضاً والماءُ مستولٍ عليها في الحال، ويعلم بالعادة أنه لا ينحسر عنها فالعقد باطل، فإن علم بانحساره أو كان الغالب انحساره فهو صحيح.

قال ابن القاسم: وكذلك إن استوى الاحتمالان.

وقال غيره: لا يجوز الكراء إن خيف أن لا ينحسر الماء عنها[4].

وإجارة الدار إلى السنة القابلة صحيحة، كما لو أضافها إلى ما

---

(١) النزو: وثبان الشاء والدواب والبقر في معنى السفاد. والإنزاء: حركات التيوس عند السفاد (ويقال للفحل: كثير النزاء أي النزو. (اللسان: نزو).

(٢) يقال: أظهرت الأتان عقاقاً: إذا تبين حملها، ويسمى الجنين عقاقاً ـ والعقاق أيضاً الحمل وكذلك العقق. (اللسان: عقق).

(٣) م: علي أن يحمل.

(٤) في الأصل: عنه.

قبلها في عقد واحد، ويجوز النقد فيها لأمنها، فإن طال الأجل كره النـقد وإن جاز العقد.

ولو قال: استأجرت هذه الدابة لأركبَها نصفَ الطريق وأتركُ لك النصـف فأوْلى بالصحة.

ثم العجز الشرعي كالعجز الحسي في الإبطال؛ فلو استأجر على قلع سن صحيحة، أو قطع يد صحيحة، أو استأجر حائضاً على كنس مسجد، فالإجارة فاسدة، لأن تسليمه شـرعاً متعـذر. ولو كـانت اليد متـأكلة[1]، والسن متـوجعـة صحت الإجارة. فـإن سكن قبـل القلع واستغنى عن القلع انفسخت الإجارة. ولو استأجر منكوحة الغير ظِئْراً دون إذن الزوج فإن للزوج أن يفسخ الإجارة عليهـا، وإن سافـر بها فتنفسخ، وكان له أن يطـأها إن لم يختر الفسخ، والمستأجر بالخيار بين أن يرضى بالإجارة على أن الزوج يطأ أو يفسخ، فإن كان بإذنه صحّ، ثم لا يكون له أن يفسخ الإجارة، ولا أن يسافر بالمرأة، ولا أن يطأها، إلا أن يرضى المستأجر.

وقال أصبغ: لا يمنع الوطء إلا أن يشترطوا ذلك عليه، وإلا لم يمنـع إلا أن يتبيّن ضرر ذلك على الصبي فيمنع حينئذ. فلو استأجرها الزوج نفسه فهو صحيح، ويجوز استئجاره لها لإرضاع ولده منها أو من غيرها.

الشرط الرابع: حصول المنفعة للمستأجر.

فلا يصح الاستئجار على العبادات التي لا تجزىء النيابة فيها، كالصلاة والصيام ونحوهما. وقد تقدم الكلام في الاستنابة في الحج والإجارة عليه[2]. فأما حمـل الجنازة، وحفـر القبر، وغسـل الميّت، [٧٢ / أ] فيجزىء فيها النيابة / والإجارة.

ويجوز الاستئجار على الإمـامة مـع الأذان، فكأن الإجـارة إنما

---

(١) س: معطوبة.

(٢) انظر ص: ٣٥٢ وما بعدها ـ ج ١.

وقعت على الأذان والقيام بالمسجد لا على الصلاة. وقد أجرى عمرُ لسَعْدِ القَرَظي[1] رضي الله عنهما رزقا على الأذان[2]. ولا يجوز على الصلاة بانفرادها، فرضاً كانت أو غير فرض.

[ومنع ابن حبيب من ذلك مفرقاً ومجتمعاً. قال: وما روي عن عطية عمر وغيره على ذلك، فلأن ذلك من مال الله، ونفقة لهم][3] على قيامهم بأمر المسلمين، وكذلك كان يُجري للقضاة والولاة رزقاً، وهم لا يجوز لهم الأخذ من مال من حكموا له بالحق جُعلاً على حكمهم.

وأجاز ابن عبد الحكم ذلك مجتمعاً ومتفرقاً. ورأى أن الأجرة على ملازمة الموضع الخاص أوقات الصلوات وارتقاب الأوقات لا على أداء الصلوات أنفسها.

الشرط الخامس: كون المنفعة معلومة. وتفصيلها ينقسم أقسام الإجارة، وهي ثلاثة أقسام.

الأول: استصناع الآدمي، وذلك يعرف[4] إما بالزمان، أو بمحل العمل، كما يتسأجر الخياط يوماً، أو لخياطة ثوب معيّن. فلو جمع بينهما وقال: استأجرتك لخيط هذا الثوب في هذا اليوم لم يصّح، لأنه ربما يتمّ قبل اليوم أو بعده.

---

(١) هو سعد بن عائذ المؤذن مولى عمار بن ياسر صحابي. اشتهر بالقرظ وهو دباغ لملازمته التجر فيه. جعله رسول الله ﷺ مؤذناً بقباء ثم نقله أبو بكر إلى مسجد الرسول ﷺ فأذن فيه إلى أن توفي وتوارث عقبه الأذان به. ابن عبد البر: الاستيعاب: ٢/٥١. ابن حجر: الإصابة: ٢/٢٧. ابن الأثير، أسد الغابة: ٢/٢٨٣. الدارقطني: كتاب الصلاة: باب ذكر سعد القَرَظ، السنن: ١/٢٣٦.

(٢) لم نعثر على هذا الأثر: وانظر عبد الرزاق فقد روى أن «أول من رزق المؤذنين عثمان» المصنف: باب البغي في الأذان والأجر عليه: ١/٤٨٣، الأثر: ١٨٥٧؛ كما نقل النسفي عن الشافعي نفس الأثر. السنن: كتاب الصلاة: باب رزق المؤذن ١/٤٢٩.

(٣) ما بين العاقفتين ساقط من الأصل. (٤) في الأصل: بياض مكان: يعرف.

وفي تعليم القرآن يعرف بالزمان أو بالسور[1]. وفي الإرضاع بعين الصبي؛ فأما الدهان وغسل الخرق ونحوه، ومحل الإرضاع محمول على المتعارف.

وقال محمد بن عبد الحكم: على الظئر[2] أن تغسل خرق الصبي ولحافه وما يحتاج إليه، وتقوم من أمره بما تقوم به الأمّ، وتحمله إلى طبيب إن احتاج إلى ذلك، وتدقّ ريحانه وغيره مما يحتاج إليه.

القسم الثاني: في استئجار الأراضي، وفيه صور:

الأولى: أن يستأجر المسكن، فيحتاج أن يعرف من الدار والحانوت والحمام كلّ ما تختلف به المنفعة ويتعلق الغرض به، ويقلّ الأجر ويكثر بحسبه.

ويعرف قدر المنفعة بالمدّة، ولا تقيّد بالسنة الواحدة وشبهها، بل له أن يكري الدار إلى حدّ لا تتغير فيه غالباً وينقد. فأما ما لا يؤمن تغيّرها فيه لطول المدة أو ضعف البناء وشبه ذلك، فيجوز العقد دون النقد ما لم يغلب على الظن أنها لا تبقى إلى المدة المعينة فلا يجوز كراؤها إليها.

ولو آجر سنتين ولم يقدّر حصة كلّ سنة من الأجر صحّ، كما في الأشهر من سنة واحدة.

ولو قال: أجرتك كل سنة[3] بكذا، أو كل شهر بكذا صحّ؛ ولكل واحد منهما الترك متى شاء.

وقال ابن حبيب: السنة الأولى أو الشهر الأول لازم، ويثبت الخيار لهما فيما وراء ذلك خاصة.

---

(١) م: أو بالكسور.

(٢) الظئر: العاطفة على غير ولدها، المرضعة له من الناس والإبل، الجمع: اظؤر واظآر وظؤور. (اللسان: ظأر).

(٣) من الأجر... كل سنة: ساقط من م.

وقاله مطرف وابن الماجشون، ورويناه[1] عن مالك.

ولو اشترط عليه نقد مبلغ من الأجر للزمهما العقد في المدة التي يقابلها ذلك المبلغ.

قال أبو الحسن اللخمي: قولاً واحداً.

ولو قال: أجرتك شهراً بدرهم وما زاد فبِحِسابه صحّ ذلك، ولزم في الشهر، وهما فيما وراءه بالخيار.

ولو قال: أجرتك سنة، ولم يعين ابتداءهَا، صحّ وكان من حين العقد.

ولو قال: أجرتك الأرض ولم يعيّن للبناء والزراعة والغرس صحّ، وكان له أن يفعل من ذلك ما يشبه. فإن أشبه الجميع، وكان بعضه أضرّ بالأرض من بعض لم يصح العقد. ولو قال: لتنتفع بها ما شئت جاز.

ولو قال: أجرتك للزراعة ولم يذكر ما يزرع صحّ العقد، ولا يزرع إلا ما يشبه. ولو سمّى صنفاً بعينه يزرعه لكان له أن يزرع غيره مما ضرره كضرره أو دونه بالأجرة، دون ما ضرره أكثر. ولو شرط عليه أن لا يزرع فيها إلا صنفاً عيّنه لم يجز. قال في كتاب محمد: فإن نزل فعليه قيمة الكراء.

ولو قال: أجرتك، فإن شئت فازرعها، أو إن شئت فاغرسها جاز ويخيّر.

ولو اكترى الأرض للبناء لم يشترط تعريف قدر البناء أو وصفه ولا يعرّف ارتفاعه، بخلاف ما إذا اكترى جداراً ليبني عليه.

القسم الثالث: في استئجار الدواب، وهي تستأجر لأربع جهات.

---

(١) م: ورواه.

الأولى: الركوب، فيشترط أن يعرف المستأجر الدابة بالرؤية أو بالصفة المشتملة على بيان ما يختلف أغراض[1] المستأجـرين بسبب اختلاف من صفات الدابـة إن أورد عقد الإجارة على الذمة. فيعيّن الجنس والنـوع والذكـورة / والأنـوثة، إلا أن تعرف العـادة في ذلك [٧٢/ب] فيستغنى بها عن ذكره.

وأما الراكب فلا يحتاج إلى وصف، بل لو عين بالرؤية أو بالذكر لم يتعيّن، وكان له أن يجعل مكانه مثله لا أضر منه. ويعرف المحمل بالصفة، بالسعة والضيق، ويعرف تفاصيل المعاليق. فإن أطلق في جميع ذلك وكان معلوماً بالعادة صح العقد. ولو كانت مختلفة اختلافاً متفاوتاً لم يصح العقد إلا بالتفصيل دون الإطلاق.

وأما كيفية السير وتفصيله، والسُّرَى[2]، ومقدار المنازل، ومحل النزول أهو في القرى أو في الصحراء، فكل ذلك يتبع فيه العرف.

الجهة الثانية: استئجار الدابة للحمـل. وليعرف قـدر المحمول بالرؤية إن كان حاضراً، فإن كان غائباً فيذكر الكيل والوزن والعدد فيما لا كثير تفاوت بين آحاده.

وحيث كان الكراء في الذمة لم يشترط معرفة وصف الدابة، إلا إذا كان المنقول يختلف الغـرض فيه بـاختلاف وصف الـدابة كـرجاج[3] ونحوه.

الجهة الثالثة: الاستقاء، وليعرف قدر الدلاء، والعود، ومـوضع

---

(١) م: غرض.

(٢) السّرى: السير بالليل. (اللسان: سرا).

(٣) الرجاج: بفتح الراء: المهازيل الضعاف من الإبل والغنم. قال الأزهري: الرجاجة: الضعيفة التي لا نقي لها. (اللسان: رجج).

البئر، وبُعدَ الرشاء[1] إذا كان مبايِناً للمتعارف مبايَنة بيّنة، إلا أن يكون جميع ذلك أو بعضه معلوماً بالعـرف فيجتزىء به.

الجهة الرابعـة: الحراثـة. وليعرف بـالمدة، أو بتعيين الأرض، ويعرف صلابتها ورخاوتهـا. وعلى الجملة فيعرف كـل ما يتفـاوت به الغرض ولا يتسامح[2] بمثله في المعاملة.

---

(١) الرشاء: الحبل ـ أرشى الدلو: جعل لها رشاء أي حبلاً ـ وجمع الرشاء: أرشية. (اللسان: رشا).

(٢) م: ولا يسامح.

الباب الثاني

في أحكام الإجارة الصَّحيحة

وفيه فصلان:

الفصل الأول

في موجب الألفاظ المطلقة

ويرتبط النظر فيه بأقسام موارد العقد، وهي أربعة: الآدمي، والدور، والأراضي، والدوابّ.

القسم الأول: الآدمي. واستئجار الخياط لا يوجب عليه الخيط، بل هو على المالك إلا أن تكون العادة خلافه. واستئجار الحاضنة على الحضانة لا يستتبع الإرضاع وكذلك الاستئجار عليه لا يستتبعها؛ ولا يستتبع واحد منهما دهن الصغير، ولا غسل خرقه[1] ولا شيئاً من خدمته، إلا أن يكون في ذلك عرف فيحمل عليه كما تقدم في المشهور، وقد ذكرنا قول ابن عبد الحكم.

القسم الثاني: الدور. وإذا هطل البيت وأضر بالساكن فلا يجبر ربه على أن يطيّنه، بل إن طيّنه لزم المكتري الكراء، وإن أبى أن يطيّنه كان للمكتري الخروج. وليس للمكتري أن يطيّنه من كرائه ويسكن.

---

(١) س: خرقة.

وقال غير ابن القاسم: التطيين وكنس المراحيض[1] مما يلزم رب الدار.

وحكى أبو الحسن اللخمي عن ابن القاسم أنه قال في المدونة: كنس الكنيف وإصلاح ما وهي من الجدرات[2] على صاحب الدار[3].

قال: وقال في المجالس: ذلك على الساكن، وفي الفنادق[4] على صاحبه دون المكتري.

قال: إلا أن يكون متقدماً على العقد، ولا تصلح السكنى إلا بإزالته، فيجبر صاحب الدار على إزالته، وأما ما ليس فيه ضرر على المكتري فيلزمه السكنى وجميع الكراء وإن لم يصلحه رب الدار.

زاد أبو زيد: إلا أن يكون له في ما انهدم سكن ومرفق فيحط عنه بقدره.

ومن آجر داراً ليس لها باب وميزاب، فليس عليه تجديد ذلك، إلا أن يهمل ذلك المكْرِي، ويكون العرف وجوده، فيكون عليه تجديده.

القسم الثالث: الأراضــي، وفيها مسائـل:

الأولى: إذا استؤجرت الأرض للزراعة، ولهـا شرب[5] معلوم، فالعرف فيه الإتباع وإن لم يذكر.

---

(١) في الأصل وفي س: المرحاض.

(٢) م: ما بين الجدران.

(٣) المدونة: ٤/ ٥٠٩ - كتاب الكراء الدور والأرضين . في الرجـل يكتري الـدار والحمام ويشترط مرمة ما فيها ويشترط دخول الحمام والطلاء (وقد عزا ابن القاسم هذا القول إلى الإمام مالك).

(٤) الفنادق: طمست في س.

(٥) الشرب، بالكسر: الحظ من الماء. (اللسان: شرب).

الثانية: إذا مضت المدة والزرع باق، وقد كان ربه علم أن المدة تنقضي قبل تمام الزرع بالأمد البعيد، فربّها مخير بين قلع الزرع مجاناً وبين إبقائه بالأكثر من المسمى أو كراء المثل.

وإن كان ظن أن زرعه ينقضي عند تمام المدة فزاد عليها الأيام أو الشهر ونحوه فليس لربه قلعه، وله فيما زادت المدة بنسبة كراء المدة المسمى.

وقال الشيخ أبو محمد: له كراء المثل لا على ما اكتري.

قال: وفي الأم على حساب ما أكري.

فطرح سحنون على حساب ما أكري / في رواية يحيى، وأبقى كراء المثل[1]. [٧٣ / أ]

وإن استأجر لزراعة قمحه[2] شهرين، فإن شرط القلع بعد المدة جاز وكأنه لا يُبقي إلا القصيل. وإن شرط الإبقاء فهو فاسد للتناقض

(١) المدونة: ٤/ ٥٣٨ كتاب كراء الدور والأرضين - في الرجل يكتري الأرض سنة بعينها فيزرعها، ثم يحصد زرعه منها قبل مضي السنة أو بعد مضي السنة.
ونصها: (أرأيت هذا الذي تكارى الأرض، من أرض السقي، سنة فمضت سنة وفيها زرعه أخضر لم يبد صلاحه، فقال له رب الأرض: اقلعْ زرعك عني، أو كان فيها بقل، فقال له رب الأرض: اقلع بقلك عني، قال: قال مالك: لا يقلع، ولكن يترك زرعه وبقله حتى يتمّ، ويكون لرب الأرض مثل كراء أرضه.
قلت: على حساب ما أكراه أو كراء مثلها في المستقبل؟ قال: قال مالك: له كراء مثلها لا على حساب ما كان أكراها منه. وقال غيره: لم يكن للمتكاري، إذا لم يبق له من شهوره من يتم له زرعه، أن يزرع، فإذا زرع فقد تعدى فيما بقي من زرعه بعد تمام أجله، فعليه كراء مثل الأرض فيما زاد، إلا أن يكون ذلك أقل مما يكون عليه على حساب ما كان أكراها منه فيكون عليه الأكثر، لأنه رضي إذا عملها على حساب ما كان اكتراها، وليس في يديه ذلك من ربها، فيبلغ لربها الأكثر من ذلك.
(٢) س: وإن استأجر لقمحه.

بينه وبين التأقيت. وإن أطلق فسد إن كان العرف الإبقاء.

ولو آجر للغرس أو للبناء سنة أو سنتين اتبع الشرط. ثم للمالك الخيار عند انقضاء الأمد في أخذ ما بنى أو غرس بقيمته منقوضاً ومقلوعاً بعد إسقاط أجرة إخلاء العرصة من النقض إن كان المستأجر يحتاج إلى الاستئجار على ذلك، أو تكليف المستأجر القلع وإخلاء الأرض.

الثالثة: إذا استأجر أرضاً ليزرع فيها صنفاً، فله أن يزرع [فيها][(١)] غيره مما هو أقل ضرراً بالأرض، وليس له أن يزرع ما ضرره بالأرض أكثر من ضرر ما استؤجرت له.

وكذلك إذا استأجر حانوتاً لصنعة، فلا يباشر ما ضرره به فوق ضررها، ويفعل ما ضرره به دون ضررها أو مثله.

فرع: لو استأجر للقمح أو غيره، فزرع ما هو أضر بالأرض منه، فللأجير القلع في الحال، فإن لم يقلع حتى مضت المدة فله أخذه بالكراء الأوّل، وما بين القيمتين.

القسم الرابع: الدواب، وفيه مسائل:

الأولى: أنه يجب على مكري الدابة تسليم ما جرت العادة بتسليمه معها من أكاف وبردعة وحزام وسرج في الفرس، وشبه ذلك مما هو المعتاد، إذ ما يقتضيه العرف فهو كالشرط.

الثانية: أنه يلزم الكريّ إعانة الراكب في النزول والركوب في[(٢)] المهمات المتكررة على ما هو المعتاد. وكذلك الحكم في رفع الحمل وحطه، وكذا في المحمل إذا كان [جميع ذلك][(٣)] متعارفاً.

---

(١) فيها: سقطت من الأصل.

(٢) والركوب في: سقطت من م.

(٣) جميع ذلك: سقطت من الأصل.

الثالثة: يجب تقدير[1] الطعام المحمول، فإن فني[2] رجع بالبذل وعدمه إلى العرف.

الرابعة: إذا تلفت الدابة المعينة انفسخت الإجارة، فإن أوردت على الذمة فسلم دابة فتلفت، لم تنفسخ الإجارة، وكذا إن وجد بها عيباً.

الخامسة: أنه يجوز إبدال مستوفي المنافع، فله أن يركب مثل نفسه، بل له أن يؤاجر الدابة والدار غيره، واستثقل مالك إجارة دابة الركوب خاصة إلا أن يموت أو يبدو له عن السفر. وليس له إبدال الصبي الذي عين للإرضاع والتعليم.

فـــرع:

إذا استأجر ثوباً للبس نَزَعَه في الأوقات التي العادة نزعه فيها كالليل والقايلة.

الفصــل الثانــي
فــي الضمــان

ويد المستأجر يد أمانة على المعروف من المذهب.

وحُكي في التضمين قول بعيد.

أما يد الأجير على السلعة التي أسلمت إليه ليؤثر فيها بصناعته، كالثوب يسلم للخياط أو الصباغ أو القصار وشبه ذلك، فيَدُ كل واحد منهم يد ضمان[3] إذا انتصب للصنعة، سواء عمل في حانوته أو بيته،

---

(١) في الأصل: تقديم، وهو تصحيف.

(٢) في الأصل: بقي.

(٣) وشبه ذلك... يد ضمان: ساقط من م.

عمل ذلك بأجر أو بغير أجر، تلف بصنعه أو بغير صنعه.

فإن لم ينتصب فيده يد أمانة. وكذلك لو دعي إلى بيت ربّ السلعة يعمل له فيه، وكذلك لو لازمه صاحبه. وعلى هذا يختلف حاله بالإضافة إلى أرباب السلع، فيضمن لبعض ولا يضمن لبعض.

والتضمين حيث قلنا به [منقول][1] عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم[2].

ثم الواجب بالضمان القيمة يوم دفع الثوب إلى الصانع وإن كان قد عمله ثم ادعى ضياعه إلا أن تقوم له بينة. فإن قامت بينة بهلاكه من غير تعدٍّ ولا تفريط فلا ضمان عليه، وإن ثبت بالبينة هلاكه بعد عمله فلا شيء عليه من الضمان[3].

قال ابن القاسم: ولا شيء له من الأجر، إذا لم يسلم الصنعة إلى رب المتاع.

وقال ابن المواز: يكون له الأجر. فرأى وضع الصنعة[4] في سلعة المالك كوضعها في يده.

وقال أشهب: لا يسقط الضمان بقيام البينة، لأن أصل القبض على الضمان.

ولو شرط نفي الضمان لم ينفعه الشرط في قول ابن القاسم وروايته.

وروى أشهب: أنه ينفعه ويسقط الضمان عنه.

---

(١) منقول: سقطت من الأصل.

(٢) ذكر ابن رشد الحفيد القائلين بالتضمين من الصحابة ومن الأيمة وقال: إن دليلهم النظر إلى المصلحة وسد الذريعة. (بداية المجتهد: ٢/ ١٩١).

(٣) وإن ثبت.... من الضمان: ساقط من م.

(٤) إلى رب المتاع.... الصنعة: ساقط من م.

فــرع: لو كان للأجير المشترك أجراء أو صناع تحت يده، فتلف أو ضاع في أيديهم شيء من الأمـتعة من غير تعدّ ولا تـفريط لم يضمنوا، لأن كلاًّ منهم[1] أجير خاص للأجير المشترك، لكن / يضمنه [٧٣ /ب] الأجير المشترك لربه.

ولا ضمان على الأجير على الحمل إن عثر، أو سقط من حمله، أو انقطعت أَحْبُلُهُ، وهو مصدق فيما يدعيه من ذلك، ما لم يغر من عثار أو ضعف أحبل أو شبهه؛ أو يكون منه تعدّ أو تفريـط[2] إلا في الطعام والأدام فإنه ضامن على كل حال، ولو لم يكن منه غرر ولا تفريـط إذا لم تقم بيّنة على تلفه. وإنما اختص الطعام بذلك لمسيس حاجة الناس إليه وضرورتهم، ولو لم يضمنوا لتسرعوا إلى أخـذه إذ لا بدل عليهم فيه، فيؤدي ذلك إلى امتناع الناس من الحمل معهم، وتدخل المضرة على الفريقين، فيضمنوا دفعاً لها.

وبتضمينهم قال ربيعة والفقهاء السبعة.

فــروع أربعــة:

الأول: في ضمان الصانع ما لا صنعة له فيه، إذا كان مما لا يستغنى عن حضوره عند الصانع، مثل الكتاب المنتسخ منه، والمثال الذي يعمل عليه، وجفن[3] السيف الذي يصاغ على نصلـه إذا كان بحيث لو سلم للصانع بغير جفن فسد، ومثل ظرف القمح والعجين.

فقال محمد: يضمنه الصانع.

وقال سحنون: لا ضمان عليه.

---

(١) م: لأن كل واحد منهم.

(٢) أو يكون.... أو تفريط: ساقط من م.

(٣) جفن السيف: غمده (اللسان: جفن). وفي س: صحفت إلى جفر.

الفرع الثاني: إذا غسل ثوب غيره، أو حلق رأسه، أو دلكه من غير استدعاء.

وبالجملة فكل من عمل لغيره عملاً أو أوصل إليه نفعاً، من مال أو غيره، بأمره أو بغير أمره، فعليه ردّ ذلك المال، وأجرة المثل في ذلك العمل، إن كان من الأعمال التي لا بد له من الاستئجار عليها، أو من المال الذي لا بد من إنفاقه. فأما إن كان ذلك من الأعمال التي كان يليها بيده أو يليها عبده، أو كان المال[1] الذي يسقط مثله عنه، فلا شيء عليه منه. والقول قول العامل والمنفق: إنه لم[2] يتبرع.

وكذلك من دخل الحمام لزمته الأجرة، بل هو أولى. ولا ضمان على صاحب الحمام إذا ضاعت الثياب بغير تقصير.

الفرع الثالث: إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة آصع فحمل أكثر من ذلك، فعطبت الدابة، فإن كان زاد ما تعطب في مثله، خيّر ربّها بين أخذه بقيمة كراء ما زاد على الدابة ما بلغ مع الكراء الأول أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له.

قال الشيخ أبو محمد: هذا إن زاد في أوّل حمله.

وإن كانت الزيادة مما لا تعطب في مثله، فله كراء الزيادة مع الكراء الأوّل، ولا خيار له في غير ذلك.

الفرع الرابع: في اختلاف الصانع والمصنوع له.

وفيه مسائل:

الأولى: أن يقول ربّ المتاع للصانع: لم أسلّمه إليك بل سرق منّي، ويقول الصانع: بل استصنعتني فيه، فقال ابن القاسم: يتحالفان،

(١) المال: سقطت من م.

(٢) لم: سقطت من م.

ثم يقال لربه: ادفع له قيمة عمله وخذه؛ فإن أبى، قيل للعامل: ادفع إليه قيمة متاعه بغير عمل، فإن أبيا كانا شريكين، هذا بقيمة متاعه، وهذا بقيمة عمله.

وقال غيره: العامل مدّع، ولا يكونان شريكين.

الثانية: إذا قال رب المتاع فيما عمل الصانع فيه صنعة: إنه أودعه إياه، وقال الصانع: بل استعملتني فيه، فقال ابن القاسم: الصانع مصدق، لأنهم لا يتهمون في هذا، ولو جاز هذا لذهبت أعمالهم.

وقال غيره: بل الصانع مدع.

الثالثة: إذا ادعى أنه عمله باطلاً، وقال الصانع: بأجر كذا، فقال ابن القاسم: يصدق الصانع، فيما يشبه من الأجر، وإلّا ردّ إلى أجر مثله.

وقال غيره: يحلف ويأخذ الأقل مما ادعاه أو من أجر مثله.

الرابعة: إذا صاغ الصائغ سوارين، فقال ربهما: أمرتك بخلخالين، فالصانع مصدق.

وقال سحنون: لأن أرباب المتاع يدعون تضمينهم. فالقول قول الصنّاع مع أيمانهم، ولهم أجر عملهم، إلا أن يزيد[1] على ما سموا فلا يزاد.

الخامسة: إذا قال الصانع: عملت هذا الخلخال بخمسة، وقال ربه: بثلاثة. أو قال الخياط: خطت هذا القميص بأربعة، وقال ربه: بدرهمين، فالقول قول الصانع هاهنا. بخلاف البنّاء يقول: بنيت هذا البناء بدينار، ويقول ربه: بنصف دينار، فالقول قول ربه مع يمينه، لأنه

---

(١) م: إلا أن يزيدوا.

[٧٤ / أ] حائز لذلك، إلا أن يدّعي ما لا يشبه. وكل من الصانع والخياط / ومن أشبههما حائز لعمله.

السادسة: إذا ادعى على صانع أنه دفع له متاعاً للعمل فأنكره، أحلفه وأقام البينة عليه، فإن أقر الصانع بقبضه، وقال: عملته ورددته لك، كلّف البينة، وإلا ضمنه.

وعلى جميع الصناع البيّنة أنهم ردّوا المتاع، عملوه بأجر أو بغير أجر، قبضوه ببيّنة أو بغير بيّنة، إذا أقروا به.

وقال ابن الماجشون: القول قول الصناع في ردّ المتاع، إلا أن يدفع إليهم ببينة فلا يبرأ إلا ببينة.

الباب الثالث

في الطوارئ الموجبة للفسخ

وهـي ثلاثـة أقســام:

الأول: ما ينقص المنفعة نقصاً يتضرر[1] المكتري بالمقام معه، ويأبى الأجير[2] إصلاحه، أو يكون على المستأجر، في الصبر للإصلاح، ضرر بطول مدة، أو ما لا يمكن البقاء معه من الضرر، فهو سبب للخيار في فسخ العقد قبل القبض وبعده.

أما لو ظهر للعاقد عذر، بأن تخلف عن السفر بعد استئجار الدابة، أو تغيّرت حرفته بعد استئجار الحانوت، أو مرض، لكان العقد لازماً له، إذ لا خلل في المعقود عليه.

وكذلك لو استأجر أرضاً للزراعة فزرعها، ففسد زرعها بجائحة[3] أصابته في نفس الزرع، كالطير والجراد والجليد والبرد، وغيره مما عدّ[4] في جوائح الثمار[5] فلا يحط لشيء من ذلك شيئاً من الأجرة.

(١) في الأصل: يتصور، وهو تصحيف.

(٢) في الأصل: الآخر.

(٣) الجائحة: كل ما لا يستطاع دفعه عادة من أمر سماوي أو غيره (الشرح الصغير: ٣/ ٢٤٤).

(٤) في الأصل: مما حد.

(٥) يعد من جوائح الثمار، زيادة عما ذكر ابن شاس، الفأر والثلج والغبار وريح السموم والنار، وكذلك الجيش. أما السارق الذي لم تعلم عينه ففي عده من الجوائح خلاف (الشرح الصغير: ٣/ ٢٤٤).

وأما إن فسد الزرع من جهة فساد الأرض، قال أبو الحسن اللخمي: فإن كانت كثيرة الدود والفأر، فكان ذلك سبب فساده، فإن الكراء يسقط عنه، كان هلاكه في الإبان أو بعده. وكذلك إن كان سبب هلاكه العطش. وأما إن كان من الغرق فيختلف الحال فيه، فإن كان في الإبان بحيث لو انحسر الماء عن الأرض لأمكن زرعها سقط الكراء عنه، وإن كان الغرق بعد الإبان فلا يسقط عنه شيء من الكراء.

القسم الثاني: فوات المنفعة بالكلية، كموت الدابة والأجير المعيّن، وانهدام الدار، وهو مقتض للفسخ، وكذلك انقطاع شرب الأرض.

فأما موت أحد المتعاقدين أو كليهما فلا يفسخ العقد، بل يقوم وارث كل عاقد مقامه. وأما الصبي المرتضع أو المتعلم فتفسخ الإجارة بموته.

ولو هلك الثوب المستأجر على خياطته كان له أن يبدله بغيره، على الظاهر من المذهب.

قال القاضي أبو محمد: الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعيّن في الإجارة، وأنه إن عيّن فذلك كالوصف لا ينفسخ العقد بتلفه، بخلاف العين المستأجرة.

وإذا غصبت الدار المستأجرة حتى انقضت المدة انفسخ الكراء، وسواء في ذلك غصبت الرقبة أو المنفعة خاصة.

وكذلك أمر السلطان بغلق الحوانيت.

ولو أقر المكتري للغاصب بالرقبة قُبِلَ إقراره في الرقبة. ولا يفوت حق المنفعة تبعاً على المستأجر، بل له مخاصمة الغاصب لأجل حقه في المنفعة.

ومهما حبس المكتري الدابة حتى مضت المدة المعينة استقرّت الأجرة.

ولو لم تكن مدة الكراء معينة فحبسها ولم يستعملها، فعليه كراء المثل لمدة حبسها، والكراء الأوّل قائم بينهما، ولو استعملها في غير ما استأجرها له، فعليه كراء ما استعملها فيه، والكراء الأوّل باق بحاله.

وإذا أخلفه الكريّ حتى فاته تلقي رجل أو غيره فلا ينفسخ الكراء بذلك، إلا في الحج فقط، لأن أيام الحج معينة، فإذا فاتت انفسخ.

وكذلك مكري أياماً بأعيانها، ولا يتمادى وإن رضيا.

القسم الثالث: ما يمنع من استيفاء المنفعة شرعاً، وهو يوجب الفسخ أيضاً، كما لو سكن [أَلَمُ السنّ][1] المستأجر على قلعه، أو عفي عن القصاص المستأجر على استيفائه.

فــــروع:

أحـدها: إذا مات البطن الأول من أرباب الوقف بعد الإجـارة وقبْل تقضّي مدّتـها انفسخت الإجارة في باقي المدة، لأنه تناول بالإجارة ما لا حق له فيه. وقيل: إذا أكرى مدة يجوز الكراء إليها يلزم[2] باقيها.

الفرع الثاني: إذا أجر الوليّ الصبيّ [مدة][3]، فبلغ ورشد قبـل انقضائها، انفسخت الإجارة / عنه، ولم يلزمه باقي المدة، إلا أن يكون [٧٤/ب] أجرهُ[4] مدة لا يظن به البلوغ فيها فبلغ على خلاف الـظن، ويكون الباقي من المدة كالشهر ويسير الأيـام فيلزمه ذلك. وأما إن أكرى ربعه

---

(١) ألم السن: ساقط من الأصل.

(٢) س، م: لزم.

(٣) مدة: سقطت من الأصل.

(٤) في الأصل: آخره: وهو تصحيف.

أو دوابه أو رقيقه سنين، فاحتلم بعد مضي سنة، فإن كان يظن بمثله أن لا يحتلم في تلك المدة، فعجل عليه الاحتلام وأنس منه الرشد، فلا فسخ له، ويلزمه باقيها. وقيل: لا يلزمه إلا فيما قلّ.

وأما إن عقد عليه أمداً يعلم أنه يبلغ قبله فلا يلزمه في نفسه، ولا فيما يملك من ربع وغيره.

وأما السفيه البالغ يؤاجر عليه وليُّه أو السلطانُ ربعَه أو رقيقَه سنتين أو ثلاثة، ثم ينتقل حاله قبل انقضاء مدة الإجارة إلى الرشد فتلزمه الإجارة. وقيل: إنما يجوز أن يكتري[1] على هذا مثل السنة ونحوها لأنه جلّ كراء الناس، ويرجى تغيّر حاله كل يوم. وأما ما كثر فله فسخه.

الثالث: لا تنفسخ إجارة العبد بعتقه، بل الإجارة أملك له، وهو حر بتمامها، ولا يلحقه دين، وأحكامه أحكام عبد.

قال ابن حبيب: فإن اختلفا في إجارته، لمن هي؟، فقيل يسأل سيده، فإن قال: أردت أن يكون حرّاً بعد تمام مدة[2] الإجارة صدق وكانت الإجارة له قبضها أو لم يقبضها.

الرابع: لو ظهر من مكتري الدار[3] فسوق[4] أو دعارة أو شرب خمر، أو تبيّن أنه سارق ويخشى على أبوابها أو غير ذلك منه، لم تنفسخ الإجارة بذلك، ولكن السلطان يكف أذاه عن رب الدار وعن الجيران، وإن رأى أن يخرجه ويؤاجرها عليه فعل. ثم لا يقف إخراجه على حضور من يكريها، بل يخرج ويؤدي الأجرة وينتظر حضور الراغب.

---

(١) في الأصل: أن يكون.

(٢) مدة: سقطت من م.

(٣) س: مستأجر الدار.

(٤) م: فسق.

وقال في كتاب ابن حبيب في الفاسق يكون بين أظهر القوم في دار نفسه: إن السلطان يعاقبه ويمنعه، فإن لم ينته، وكان يتردد لأذى الجيران ويقول: إنما آتي لداري، وما أشبه ذلك، فإنها تباع عليه.

الخامس: من آجر أمته فله أن يطأها، فإن حملت وجبت المحاسبة، ولا يمنع الوطء، كما لا يمنعه من استؤجر مع زوجته، إلا في الظئر على ما تقدم.

السادس: إذا بيعت الدار المستأجرة من المستأجر صحّ البيع ولم تنفسخ الإجارة، واستوفى المبتاع المنفعة بحكم الإجارة. ولو باعها من غيره لصحّ أيضاً واستمرت الإجارة إلى آخر المدة.

وروي تخصيص الصحة في ذلك بالمدة اليسيرة كالسنتين والثلاثة، وما قارب ذلك، والكراهية في المدة الطويلة.

وكذلك يصح بيع الرقبة واستثناء المنفعة مدة لا يتغيّر المبيع فيها، ويصح من المستأجر إجارة الدار للمالك[1]، كما يصحّ منه للأجنبي.

---

(١) م: لمالكها.

خاتمة الكتاب

/ بذكر فرعين في أحكام السفر

[٧٥ / أ]

الأول: اختلف أصحابنا في كراء ما تحمله السفن إذا عطبت في البحر قبل وصولها، أو عرض لها عارض منعها[١] من البلوغ، فذهب ابن القاسم: إلى أن كراء السفن إنما هو على البلاغ، ولا شيء لربها، إلا أن يبلغ الموضع. ولو غرقت بالساحل لم يكن له من الأجرة شيء.

وذهب ابن نافع إلى أن حكمها حكم البرّ، ما سارت فلربّها بحساب ذلك.

وفرق أصبغ فقال: إن كان لم يزل ملتجّاً[٢] حتى عطبت، لم يدرك مكاناً يمكنه النزول فيه عامراً لا يخاف فيه على نفسه ولا على أحماله شيئاً، ويمكنه منه التقدم إلى الموضع الذي أكري[٣] إليه آمناً ولم يحاذه، فلا شيء له من الكراء، وإن أدركه أو حاذاه فله من الأجرة بحسابه.

الفرع الثاني: في ما يطرح من السفن.

وإذا خيف على السفينة الغرق جاز طرح بعض ما فيها من المتاع

(١) منعها: سقطت من م.
(٢) التجّ البحر: تلاطمت أمواجه ـ والتجّ الموج: عظم ـ ولجّجت السفينة: خاضت اللجة. (اللسان: لجج).
(٣) أكرى: سقطت من م.

إذا رجا بذلك نجاتها، ويكون المطروح بينهم على قدر أموالهم، أذن أرباب المتاع في طرحه أو لم يأذنوا.

ويتصدى النظر في صفة ما يطرح، وفي حين تقويمه، وفي محل توزيع القيمة.

أما ما يطرح فهو جنس الأموال، سوى الآدمي، ويبدأ منها بما ثقل جنسه أو عظم جرمه دون ما خف وزنه وكثر ثمنه.

[٧٥/ب] وأما حين / اعتبار قيمته، فقيل: حين التلف في موضعه كسائر المتلفات. وقيل: في أقرب المواضع التي تتقوم فيه، إذ لا قيمة له حين التلف بموضعه. وقيل: قيمته في المكان الذي يحمل إليه. وقيل: المعتبر الثمن الذي اشترى به.

وأما محل التوزيع فهو مال التجارة، أعني كل ما حمل في السفينة للتجارة كان مما يطرح أو مما لا يطرح.

تم الجزء الثاني من كتاب «عقد الجواهر الثمينة»
لابن شاس يليه الجزء الثالث
أوله: كتاب الجعالة

فهرس الموضوعات

للجزء الثاني من «عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة»

كتاب القسم والنشوز ١٢٩

كتاب الخلع ١٣٧

كتاب الطلاق ١٥٥

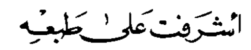
كتاب النفقات ٢٩٧

كتاب الوكالة ٦٧٥

كتاب الإقرار ٦٩٥

كتاب الوديعة ٧٢١

كتاب الإجارة ٨٣٥





دار الغرب الإسلامي

بيروت - لبنان

لصاحبها الحبيب اللمسي

شارع الصوراتي (المعماري) - الحمراء - بناية الأسود

تلفون : 340131 - 340132 - ص . ب . 5787 - 113 بيروت - لبنان

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI - B.P.:113-5787 - Beyrouth - Liban